En cumplimiento del artículo 24 de la Ley de Prensa e Imprenta, se manifiesta que la publicación, por su carácter universitario, no está regida por órganos de finalidad lucrativa, ni posee, por consiguiente, capital social o accionistas. Los gastos determinados por su edición y distribución se costean con las ayudas que conceden las entidades patrocinadoras, nominativamente citadas en cada uno de los números de la revista. Los **Cuadernos** son el resultado de la colaboración científica y profesional de la Sociedad de Estudios Laborales (SELSA), del Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad Autónoma de Madrid y del Bufete Laboral (Fuencarral, 137).

SUMARIO

Págs.

I. **EDITORIAL** 11

II. **DOCTRINA** 15

A) ESTUDIOS

1. **Presentación: El trabajo en la Constitución,** por Miguel Rodríguez-Piñero 17
2. **Constitucionalización del derecho del trabajo,** por Gérard Lyon-Caen 31
3. **La Constitución española, los sindicatos y el derecho sindical,** por Jean-Maurice Verdier 37
4. **Sistema económico y relaciones de trabajo,** por Giuseppe Federico Mancini 49
5. **Negociación colectiva en el ordenamiento constitucional,** por Gino Giugni 63
6. **Estructura de la empresa,** por Umberto Romagnoli. 75
7. **La huelga en la Constitución española,** por Wolfgang Däubler 83
8. **La libertad sindical en la Constitución,** por Miguel Rodríguez-Piñero 93
9. **Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas, en materia de relaciones laborales y de seguridad social en la Constitución,** por Luis Enrique de la Villa y Aurelio Desdentado Bonete 117
10. **Sindicatos, convenios y conflictos colectivos: el debate constitucional,** por Alfredo Montoya Melgar. 181
11. **Regulación de la huelga en la Constitución,** por Antonio Martín Valverde 201

Págs.

12. **Constitucionalización del derecho del trabajo,** por Tomás Sala Franco, Juan Manuel Ramírez, Ignacio Albiol Montesinos y Luis Camps Ruiz 211
13. **Estructura de la empresa,** por Fermín Rodríguez-Sañudo y Antonio Ojeda Avilés 219
14. **Materiales para una exégesis de las normas sobre la actividad económica en la Constitución,** por Angel M. López y López 229
15. **La regulación constitucional de la negociación colectiva,** por Fernando Valdés Dal-Ré 239
16. **Contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales,** por Federico Durán López 256
17. Anexo: Texto de la Constitución española de 1978 ... 267

B) NOTAS

— **El nuevo espacio funcional de la Inspección de trabajo. Reflexiones críticas,** por M. Carlos Palomeque López 311
— **Nuevas experiencias de negociación colectiva en España,** por Enrique Rayón Suárez 323
— **Participación y burocracia en la gestión de la seguridad social española,** por Aurelio Desdentado Bonete 335
— **Reglamentaciones de trabajo, despido y regulación del empleo en el R. D. L. 17/77, de relaciones de trabajo,** por Luis Tarabini-Castellani Castrillo 345
— **Apuntes para la aproximación a los intentos de unificación sindical en España, desde 1872 a 1936,** por José Luis Prieto Pérez 403
— **La representatividad en la negociación colectiva,** por José L. Cantalapiedra 419
— **Problemas del denominado incidente de no readmisión en la legislación laboral vigente,** por Enrique de No Alonso-Misol 427

III. NOTICIARIO

A) BIBLIOGRAFIA DE LABORALISTAS ESPAÑOLES

La obra del profesor doctor don Fernando Suárez González, por Alberto Isla Zapirain 443

Págs.

B) CRITICA DE LIBROS

a) Libro clásico: Gastón Leval, **Colectividades libertarias en España**, por Ignacio García-Perrote Escartín 447

b) Libro de actualidad: Gino Giugni, **Diritto sindicale**, por Gabriel García Becedas 465

C) DOCUMENTACION (**El Proyecto de Ley Borrego, de accidentes de trabajo, de 1881**, por Fernando Suárez González). 471

D) CASOS JUDICIALES: **El derecho a las prestaciones de desempleo en los casos de despidos objetivos**, por Juan Antonio Sagardoy Bengeoechea y Bernabé Echevarría ... 487

E) TESIS Y TESINAS

a) **La mujer y el trabajo: discriminaciones de hecho y de derecho. Análisis de reglamentaciones de trabajo y de convenios colectivos**, por María Jiménez Bermejo. 501

F) ADMINISTRACION LABORAL: Creación del Instituto de Estudios Sociales 513

G) CONGRESOS Y ASOCIACIONES ESPECIALIZADAS

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 517

I. EDITORIAL

Este número 4 de los Cuadernos *—de nuevo único para el año 1978— altera en cierta forma su normal configuración y publica como estudio* unitario *el conjunto de las* Ponencias *presentadas y discutidas en el* Seminario *que se celebró en Sevilla, en la primavera, organizado en colaboración por el Departamento de Derecho del Trabajo de aquella Universidad y por el CEDIS. Con posterioridad, la Sociedad de Estudios Laborales ha llegado a un acuerdo con los organizadores del Seminario para que las dieciséis* Ponencias *aparezcan en la revista y, además, se haga con ellas una separata que inaugurará, como número primero, la "Serie Monográfica de los Cuadernos de Derecho del Trabajo". El profesor Rodríguez-Piñero ha asumido una importante labor de coordinación y el Consejo de Redacción de la revista se ha limitado a rotular la mayor parte de las* Ponencias *para elaborar así el Indice Sistemático que aparece en la edición separada del estudio, y a incorporar un* Apéndice, *con el texto completo de la Constitución de 1978, de cara, sobre todo, a la difusión internacional de los* Cuadernos.

Inevitablemente las diversas Ponencias *resultan desiguales en sus planteamientos, propósitos y resultados, pero, en conjunto, integran un estudio de máxima actualidad e interés, que, además, brinda a los lectores de la revista la oportunidad de conocer la opinión de algunos de los más prestigiosos laboralistas de la Europa comunitaria. Las firmas de Lyon-Caen, Verdier, Mancini, Giugni, Romagnoli y Däubler aparecen escasamente en nuestro país; todos ellos, por otra parte, tuvieron la gentileza de analizar el texto constitucional español —sobre el anteproyecto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados— para compararlo con otros textos europeos* o con las declaraciones y principios de ámbito internacional, *y esa labor de cotejo atribuye a sus conclusiones un valor cualitativo inestimable, que aún se acrecienta por la considerable uniformidad de la metodología utilizada por todos ellos.*

Las restantes secciones de los Cuadernos *son las habituales, con la única novedad de dos apartados más dentro del* Noticiario, *uno de ellos fijo* (Casos judiciales) *y otro* (Administración Laboral) *de aparición intermitente.*

El caso judicial —que recogerá siempre un caso real, ante la jurisdicción de trabajo, con reproducción literal de la demanda, la sentencia de instancia y, en su caso, el recurso y la sentencia del Tribunal superior— ha sido preparado en este número de la revista por el equipo que dirige el Profesor Sagardoy, y su interés estriba en divulgar un problema que ha originado, primero, una actitud escasamente progresiva del INP y, luego, una serie de sentencias contradictorias de las Magistraturas de Trabajo, ya felizmente enmarcadas en una interpretación progresiva de la legalidad por el Tribunal Central de Trabajo.

La sección Notas queda cubierta —con excepción de las debidas a Enrique Rayón, José Luis Prieto, Enrique de No y José Luis Cantalapiedra— por la labor investigadora del Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad Autónoma de Madrid, que también se apunta la realización de dos importantes comentarios de libros, a cargo de Gabriel García Becedas y de Ignacio García-Perrote. El trabajo de Carlos Palomeque constituye un valioso primer intento, en la doctrina española, para precisar los cambios funcionales que han de ser asumidos por la Inspección de Trabajo en el marco democrático de relaciones laborales. Aurelio Desdentado, por su parte, aborda un análisis crítico del proceso de degradación de la intervención de los trabajadores y empresarios en los órganos de gobierno de las entidades gestoras de la seguridad social, expresiva respuesta gubernamental ante las posibilidades reales de democratización de dichos órganos que abriría el reconocimiento de la libertad sindical. Y, por fin, Luis Tarabini enriquece la escasa bibliografía sobre el R. D. L. 17/77, de relaciones de trabajo, con unos densos comentarios a sus preceptos más importantes o problemáticos. Por su parte, las notas de Rayón y Cantalapiedra versan sobre un problema de la máxima actualidad en la realidad española y la de Prieto recuerda una experiencia histórica del máximo relieve. Importancia especial tiene el análisis de Enrique de No, divulgando unos Autos *poco conocidos y que obligan a un replanteamiento "revolucionario" de los incidentes por la no readmisión.*

Sobresale, además, en este número 4, el apartado de Documentación, *pues al* interesante Proyecto de Ley seleccionado por el Profesor Suárez se une su amplísimo análisis, con entidad propia para figurar en las secciones doctrinales de la revista.

II. DOCTRINA

A) ESTUDIOS

I

PRESENTACION: EL TRABAJO EN LA CONSTITUCION (*)

MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO
Catedrático Numerario de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla

España, tras la Constitución, queda definitivamente configurada como un Estado Social de Derecho de carácter democrático. Ello supone la consolidación de nuestras estructuras políticas, pues el origen y la titularidad del poder estatal reposa desde ahora en la soberanía popular. Sin embargo, el proceso de democratización no termina en la configuración de los órganos públicos al nivel de las diversas esferas de la ordenación política; esa transformación no es un fin en sí, sino un medio para conseguir unos determinados objetivos y fines sociales que se relacionan con la configuración de la sociedad.

El papel de la Constitución es no sólo fijar la regulación orgánica de los poderes públicos, sino también enmarcar las relaciones del Estado y la sociedad y configurar las bases esenciales en las que ésta reposa. Como es sabido, las Constituciones del XIX establecen una consideración liberal extrema de la relación Estado-sociedad, limitando la actividad del Estado a actuar de policía y vigilante y dejando en lo demás a la sociedad desarrollarse libre y autónomamente, pero dentro de un marco preciso de sistema económico, que se estimaba como bueno e inconmovible. Esta opinión hace mucho tiempo que ha sido superada por la propia realidad de un Estado que ha intervenido e interviene directamente de forma decisiva en la regulación de las relaciones económicas y en el reparto del producto social.

En el debate constitucional que estudia Montoya, no se trató de discutir si el Estado debe o no seguir realizando una serie de tareas de ayuda y tutela a las situaciones de necesidad, pues esto lo hizo también, con mayor o menor perfección técnica y sensibilidad política, el régimen anterior, sino que lo que se trata de ver es si la configuración actual de la so-

(*) Estudio colectivo (**Los trabajadores y la Constitución**), dirigido por el Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla y coordinado por el Prof. Dr. don Miguel Rodríguez-Piñero.

ciedad parece adecuada, sostenible y «cristalizable», o, al contrario, hay defectos sustanciales en ella que deben corregirse, estableciéndose las bases y los instrumentos para esa corrección.

Cuando la Constitución habla de Estado social ya está claramente indicando una actitud de no cristalización ni aceptación acrítica del orden social actualmente existente. En efecto, la expresión «Estado Social de Derecho» hace referencia a un Estado que no sólo garantiza y protege los derechos y libertades, sino que realiza las acciones necesarias para llenar unos y otras de contenido efectivo, especialmente en el plano económico; la acción estatal pretenderá lograr el real disfrute de esas libertades y derechos, mediante la utilización de los instrumentos adecuados para promover a los menos favorecidos y tratar de lograr una mayor nivelación socio-económica y cultural de los ciudadanos. El principio de socialidad del Estado exige una actitud activa del Estado para la consecución y mantenimiento de una comunidad humana y justa. Según esto, el carácter de Estado social no se limita a una mera declaración, sino impone una tarea continuada de corrección de las situaciones de inseguridad, desigualdad, injusticia, falta de protagonismo, etc., en que se encuentran actualmente grandes sectores sociales. Este es el compromiso básico resultante de la Constitución, el tratar de enfrentarse de forma activa con los problemas sociales.

Pero hablar de problemas sociales es hablar del trabajo, pues en la sociedad moderna es en torno al trabajo como se plantean los problemas sociales. Las primeras intervenciones estatales históricamente hacían referencia al trabajo y el trabajo continúa siendo hoy la base de la vida social y un núcleo fundamental en que se producen una serie de interrelaciones o interdependencias que forman el sistema social.

En efecto, el trabajo no es sólo fuente de producción, y por ello la base misma del crecimiento económico y la fuente esencial de ingresos de la gran mayoría de los ciudadanos, sino que el trabajo mismo es signo e instrumento necesario de integración social y un componente esencial de nuestro modo de vida, puesto que las diferencias existentes en el trabajo reflejan y son un reflejo de las diferencias existentes en la vida social. El trabajo es, pues, un elemento determinante de la estructuración social y de las relaciones que los grupos sociales tienen entre sí.

Por eso las cuestiones relativas al trabajo ocupan el centro de la problemática social y no pueden ser indiferentes al constituyente. El derecho del trabajo será así, sin duda, una de las ramas, sino la que más, más afectadas dentro de las que en el ordenamiento jurídico regulan las relaciones privadas. No sólo se consolida como rama diferenciada del derecho, sino que adquiere un nuevo signo y unos nuevos objetivos bien diferentes a los de la época anterior.

La aceptación del conflicto, y por tanto de la huelga, del hecho sindical y de una genuina autonomía colectiva es con mucho la nota más saliente del cambio pero no se reduce a esto sino que el propio contrato de trabajo queda redimensionado, provocándose un nuevo planteamiento del derecho

del trabajo, que ya desde la propia Constitución tiene que ser abordado por los estudiosos.

¿Cuál es el papel del laboralista ante la Constitución? Ha habido una respuesta tradicional según la cual el jurista privado marginaba sistemáticamente los aspectos constitucionales, campo propio y exclusivo del constitucionalista. Esta visión favorece la consideración de la Constitución como límite o barrera infranqueable por la normativa inferior a aquélla que operaría directamente como si la Constitución no existiera, pero sin que su contenido pueda contradecir abiertamente el dictado constitucional pues ello le haría incurrir en vicio de inconstitucionalidad. En tal caso el laboralista continuaría manejando como materia propia de su estudio la normativa infraconstitucional, preocupándose tan sólo incidentalmente de los casos de vicio de esa normativa por contradecir el mandato constitucional.

Pero hay otras visiones posibles según las cuales la norma constitucional no es sólo un límite, sino la expresión de los principios generales del derecho, o en una fórmula más reciente, el fundamento de toda la normativa infraconstitucional que se concibe como desarrollo deductivo y expansión coherente de aquélla. A partir de la Constitución no sólo se impone una nueva normativa laboral, sino una nueva lectura de la existente en el marco de una interpretación sistemática que, como ha dicho Tarello

> «somete cualquier sistema conceptual al complejo constituido por el documento constitucional y al conjunto de enunciados infraconstitucionales que ofrecen la disciplina de un sector».

Si se acepta esta visión no meramente limitativa de la Constitución, y así parece hacerlo el artículo 53 de la española, es claro que para el laboralista la Constitución contiene, por así decirlo, «material propio» de su disciplina que ha de tener en cuenta en su investigación científica y ha de ser contenido de sus programas docentes, y no meramente como un añadido o complemento sino como punto de partida para una reelaboración sistemática del derecho del trabajo habiéndose de revisar desde la perspectiva constitucional la mayor parte de los conceptos adquiridos.

Hacer un balance del tratamiento que el trabajo merece en la Constitución no es por eso responder sólo a cuáles pueden ser los cambios que imponga la Constitución en la regulación del trabajo, sino también comprobar qué tipo o modelo de sociedad se diseña en función del papel que se encomiende al trabajo. En el marco de este planteamiento **un grupo de profesores españoles y europeos se reunió en Sevilla, en mayo de 1978, en un Seminario organizado conjuntamente por el Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad Hispalense y el CEDIS.** Se trataba de hacer un balance provisional, algo prematuro, del tratamiento del trabajo en la Constitución. Se publican ahora las ponencias presentadas, aunque sin los debates que enriquecieron y completaron mucho las afirmaciones contenidas en aquéllas. El tono polémico y generalmente crítico de las ponencias se debe al propósito común de sugerir posibles modificaciones en la redacción definitiva del texto constitucional, lo que no fue posible pues las reuniones fueron coetáneas a la consecución del «consenso» en esta ma-

teria. También hay que aclarar que alguna parte importante del texto constitucional, en especial lo referente al sector público de la economía y a la planificación, no pudo ser tenida en cuenta en aquel momento por los redactores de las ponencias, algunos de los cuales, por ejemplo el profesor Mancini, han matizado luego su juicio especialmente crítico sobre nuestro texto constitucional. Sin embargo se ha preferido la publicación de los textos originales de las ponencias con la única modificación de la numeración del articulado, que se hace ahora con referencia al texto definitivo.

* * *

Es claro que toda la normativa laboral no habrá de cambiar con la aprobación de la Constitución, pero sí es claro que no sólo «la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», sino también las relaciones laborales y la vida de la empresa habrán de conformarse ahora al nuevo espíritu y a las nuevas bases ideológicas de las que la Constitución parte. Ciertamente la Constitución admite el modelo de sociedad actualmente existente, pero no sin reservas ni rectificaciones (vid. ponencias de Mancini y López López), sobre todo por la proclamación de España como Estado Social y Democrático de Derecho, lo que supone la no indiferencia del Estado por los problemas sociales del trabajo (Martín Valverde) y en particular la lucha activa por las situaciones de desigualdad, en el mandato contenido en el artículo 9, 2, cuya redacción, como comprobarán los lectores, ha permitido en los comentarios que siguen juicios muy diversos. Hay un tercer principio en el que no se ha insistido mucho, el de la dignidad de la persona, del libre desarrollo de la personalidad, que completa los dos anteriores de forma que socialidad del Estado, libertad de empresa en una economía de mercado y personalismo serían los presupuestos por un lado y los objetivos por otro que sirven de marco a las relaciones económicas y, por tanto, también a las relaciones laborales.

Para el modelo económico la Constitución ofrece importantes correcciones contenidas en el Título VII, que no había sido aprobado ni pudo ser tenido en cuenta cuando se desarrollaron las intervenciones. El poner la riqueza del país «en sus diversas formas» subordinada al interés general, el reconocer una iniciativa pública en la actividad económica, incluso con reserva para ella de recursos o servicios esenciales (art. 128), el fomento de sociedades cooperativas y el establecimiento de medios que faciliten el acceso de los trabajadores a los medios de producción (art. 129), la amplia posibilidad de planificación económica (art. 131), etc., son vías abiertas para la búsqueda de alternativas y cambios al actual sistema, de libre empresa y trabajo asalariado. Pero aún dentro de éste el texto constitucional ofrece una serie de rectificaciones que habrán de afectar necesariamente al marco de las relaciones de trabajo.

En efecto, la Constitución hace suyo un programa socioeconómico de largo alcance con unos objetivos globales muy claros: progreso económico y social; distribución más equitativa de la renta regional y personal; estabilidad económica; pleno empleo (art. 40), y junto a éstos, una serie de

objetivos y medios de política social, seguridad social (art. 41), protección a la salud (art. 43), medio ambiente adecuado (art. 45), servicios sociales y atención a la tercera edad (art. 50), protección especial de los disminuidos (art. 49), vivienda adecuada y digna (art. 47), etc., objetivos todos ellos que en mayor o menor medida tienen una incidencia en su realización con las relaciones de trabajo.

Por último existen en la Constitución objetivos específicos no sólo de política laboral sino del propio derecho del trabajo. Aparte del supuesto especial de la atención de los trabajadores españoles en el extranjero (art. 42), es el artículo 40 el que de forma poco sistemática y homogénea fija tres objetivos específicos:

La formación y la readaptación profesionales

La Constitución no ha reconocido directamente un derecho a la formación profesional (implícito sin embargo en la promoción a través del trabajo que luego veremos) y a la readaptación profesional, pero sí lo ha impuesto como objetivo de una política a que se obliga a los poderes públicos. La problemática de la formación y de la readaptación profesionales excede con mucho del ámbito de la empresa, pero también afecta a ésta. En materia de formación se habla hoy de formación «continua», o como hace la OCDE de formación «recurrente», que incluye la posibilidad ofrecida a los trabajadores de seguir una formación también durante las horas de trabajo, pero una formación no entendida meramente en su aspecto tradicional de sistemas organizados por la empresa para la adquisición de unos meros saberes técnicos, la demanda de formación se entiende hoy de un modo más global y en conexión con el derecho genérico a la educación. Lo mismo cabe hablar de la readaptación profesional imprescindible en un contexto de cambios tecnológicos y sociales como el que caracteriza a nuestro mundo empresarial.

La seguridad e higiene en el trabajo

Mientras que respecto a la formación se habla de «fomentar una política que garantice» los poderes públicos tienen encomendado en este punto el velar por esa seguridad e higiene. Esta referencia puede considerarse como una manifestación específica respecto a los trabajadores del derecho a la protección a la salud que, con carácter general, reconoce el artículo 43 de la Constitución, y también del derecho fundamental a la vida e integridad física y moral que reconoce el artículo 15. El juego del artículo 40, a la luz de ambos preceptos, es bastante más amplio que la actual visión muy restrictiva de la seguridad e higiene en el trabajo, pues no se trata sólo de un mero «velar» sino de una auténtica obligación del Estado de eliminar todo tipo de agresiones a la salud del trabajador y de mejora de las actuales condiciones de seguridad. Para las empresas también supone la segu-

ridad e higiene la imposición de unas cargas y responsabilidades, de unos deberes deducibles ya de la propia Constitución que han de ser considerados no meramente como cumplimiento de unas normas reglamentarias, sino como una política decidida de eliminar las agresiones y mejorar los ambientes de trabajo. Se trata de una nueva prioridad que exige la utilización deliberada de los instrumentos adecuados, lo que incluye la creación de un «clima» adecuado de seguridad.

El descanso «necesario»

La garantía es equívoca como lo es el término necesario que puede ser entendido como meramente fisiológico o, como parece más adecuado, en un sentido más global que incluya exigencias sociales y culturales. Los instrumentos no suponen demasiada novedad: limitación de jornada, vacaciones periódicas «retribuidas», aunque quizá sea aquí nueva la referencia, algo insólita, a la promoción por los poderes públicos de «centros adecuados». Del contexto general puede entenderse una política de reducción progresiva del tiempo de trabajo vía jornadas y vacaciones, siguiendo la línea ya emprendida por otros sistemas.

• • •

La Constitución no se limita a sentar el marco económico, los objetivos globales del sistema político y los principios rectores de la política social y económica, sino que además contiene disposiciones específicas de carácter laboral en buena parte susceptibles de directa aplicación. En este sentido cabe decir que la propia Constitución es una nueva fuente reguladora de las relaciones laborales. Y no se trata aquí de meras disposiciones programáticas o inspiradoras (lo que no deja de ser importante en cuanto a revisión de «viejas» doctrinas y tendencias) sino también de disposiciones «**self-executing**» fuente directa e inmediata cuya violación puede ser alegada ante los tribunales. En unos casos la protección se reduce al restringido recurso de anticonstitucionalidad de las leyes, otras veces (como ocurre para la libertad sindical y el derecho de huelga) cabe el recurso doble de los tribunales ordinarios y el recurso de amparo, por otro lado.

El artículo 163 abre una importante vía para la extensión del papel normativo de la propia Constitución. La ponencia de los profesores de Valencia (Sala, Ramírez, Albiol y Camps) contiene un somero pero completo análisis de toda esta problemática.

La Constitución no es sólo una fuente por sí misma sino también la fuente de las fuentes, en la que las demás fuentes encuentran su base y fundamento y también sus límites. En lo que hace referencia a la materia laboral cabe señalar como cambios más significativos, por un lado, el notable reforzamiento del papel de la normativa internacional (arts. 96 y 10, 2) (cuya importancia en nuestro campo subrayan las ponencias de Verdier, Lyon Caen y Däubler), por otro el subrayar la primacía de la ley como

expresión de la voluntad popular frente al deterioro del principio de legalidad y el proceso de deslegalización que ha caracterizado al derecho del trabajo franquista. Junto a ello se reconoce a la negociación colectiva como el dispositivo central para regular, sobre todo por rama de actividad y por empresas las condiciones de trabajo. El derecho a la negociación colectiva supone, entre otras cosas, que se respete un espacio propio a la actuación de la autonomía colectiva, que haya un cierto vacío de disciplina estatal, una autolimitación de la intensidad de ésta que no significa técnicamente sin embargo una auténtica «reserva de negociación colectiva». La reducción consiguiente del papel de los reglamentos y la dudosa constitucionalidad de las Ordenanzas de Trabajo es un tema que aborda en su ponencia Valdés Dal-Re.

En lo referente al contenido material la Constitución contiene una serie de derechos instrumentales, que son los derechos colectivos, y que tiene la función de facilitar una autotutela efectiva de los intereses del trabajo a través de los cuales se consiguen además los objetivos finales de justicia e igualdad efectiva que la propia comunidad nacional persigue. Estos instrumentos serán los que a su vez permitirán las regulaciones laborales más novedosas y progresivas y con ello cambios sustanciales en nuestras relaciones laborales. Como en relación con el régimen franquista los derechos colectivos son los que suponen una más plena ruptura es lógico que al estudio de los mismos se hayan dedicado buena parte de las ponencias que analizan sucesivamente la libertad sindical (Verdier, Rodríguez-Piñero), derecho de negociación colectiva (Giugni, Valdés y Durán), el derecho de huelga (Däubler, Martín Valverde) y la estructura de la empresa y los derechos de participación (Romagnoli, Ojeda y Rodríguez-Sañudo). Dentro de un claro pluralismo en la interpretación de la Constitución, en especial de sus artículos 7, 28 y 37, la línea de tendencia es la de que aquella permite una lectura progresista y dinámica que deja un amplio campo de juego a los fenómenos sindicales, de ahí que se hayan subrayado especialmente los peligros de una lectura involutiva y reductora que la ambigüedad de los textos no impide totalmente.

Una especial atención ha merecido el segundo párrafo del artículo 35 que establece que «la ley regulará un estatuto de los trabajadores». La expresión es muy original y a la vez imprecisa, puesto que no se da pista alguna de que deba entenderse por tal «estatuto», ni el derecho comparado nos ofrece datos unívocos al respecto. Según Mancini tal «estatuto» debería funcionar para garantizar el goce efectivo de otros derechos, las llamadas libertades civiles, pero que para ser bueno sería oportuno concebirlo más como una legislación de apoyo al sindicato que como una carta de garantías individuales. La proclamación de algunas garantías (libertad de opinión, igualdad de trato, etc.) es oportuna, pero, por regla general, es mejor que sea el sindicato quien provea a la defensa de los trabajadores individualmente considerados». Lyon Caen subraya que el «estatuto» como ley que favorece el desarrollo del sindicato en la empresa y garantiza un mayor respeto de la libertad sindical, es de las pocas disposiciones legales recomendables en una materia como la sindical en

la que hay que tener cuidado por un exceso del derecho. También Giugni ve en el «estatuto» la posibilidad de una legislación de sostenimiento y apoyo para la organización y la actividad del sindicato en la empresa, favoreciéndose así la transición a la libertad sindical y demoliendo completamente la herencia sindical anterior. Por su parte Romagnoli ve en el «estatuto» la imposibilidad de una vuelta atrás a las conquistas sindicales en la empresa. Todos estos testimonios formulados en estas reuniones coinciden en una interpretación del «estatuto» limitado no sólo a regular el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales en la empresa, y a establecer unas garantías sobre la sujeción del trabajador (p. ej. en materia disciplinaria) sino también para promover y sostener la presencia sindical en la empresa, completándose así el vacío que en su ponencia denuncia Verdier.

• • •

Lo que podríamos llamar contenido sustancial de derechos laborales, que contiene el párrafo primero del artículo 35, ha sido objeto de atención por los participantes en las reuniones, preocupados sobre todo por los importantes efectos de la Constitución en las relaciones colectivas. No obstante de dicho artículo se derivan también muy diferentes incidencias para nuestro derecho del trabajo. Tres temas fundamentales se contienen en el precepto:

Derecho y libertad de trabajo

La dicción constitucional incluye en un mismo párrafo tres cosas distintas pero conexas, la libertad de trabajo, el derecho al trabajo y el deber de trabajar. El orden sistemático es precisamente el contrario lo que ha merecido severa crítica (p. ej. Mancini) puesto que puede entenderse refleja una ordenación valorativa que deja en primer término y como tal valoriza al deber de trabajar. Al margen de la crítica de la no muy feliz redacción, lo cierto es que conceptualmente la premisa de la que debemos partir (y la referencia del art. 10, 2 nos legitima a ello) es la de la libertad de trabajo, ello supone desde luego la prohibición de trabajo forzoso; toda prestación de trabajo (con las excepciones del art. 30 y 31, 2) debe resultar de una decisión libre de voluntad del prestador. Pero también supone la libertad de elección de oficio o profesión (facilitada por la libertad de residencia y circulación, art. 19), premisa fundamental para el «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10, 1) y concebida con más amplitud y menores condicionamientos que la libertad de empresa. Con este reconocimiento se abren muy interesantes perspectivas y cuestiones ya formuladas en la ponencia de los profesores de Valencia.

Pero el texto constitucional no se limita a proteger la libertad de trabajo sino que, sin lugar a dudas, reconoce también y separadamente un «derecho al trabajo». Este reconocimiento es también de la mayor impor-

tancia, pues son sabidas las dificultades que ha solido encontrar el reconocimiento constitucional de este derecho llegándose incluso a sostener en algunos sistemas (p. ej. en la República Federal de Alemania) que sería anticonstitucional hablar de tal derecho, por estimarlo incompatible con el sistema económico de que parte la Constitución. Todo el siglo XIX, y aún antes desde la revolución francesa, conoce la lucha por un reconocimiento de un derecho al trabajo como paralelo al derecho de la propiedad, y el rechazo de tal derecho que se estimaba revolucionario y disolvente. También fue en este punto Bismarkc el que supo desviar esta polémica al aceptar una visión «sui generis» de este derecho vinculándolo a la concesión de prestaciones de seguro de paro. A partir de este momento aparecen enfrentadas dos formulaciones del derecho al trabajo, una revolucionaria y otra reformista, que es la que empieza a encontrar acogida en algunas Constituciones de nuestro siglo, y que además acabará teniendo reconocimiento a nivel internacional (Declaración Universal de Derechos Humanos, Carta Social Europea, etc.). En este sentido el derecho al trabajo tiende a ser admitido generalmente y se estima compatible, y así lo estima nuestro Constituyente, con la libertad de empresa y la propia economía de mercado (Däubler). Sin embargo ello no supone aceptar una interpretación «banal» de este derecho, e incluso la propia Constitución da claras pistas de que no es éste su propósito. Así, de la interpretación sistemática de la Constitución deriva que no se trata sólo con este derecho de reconocer la libertad de trabajo, ni el mero establecimiento de prestaciones de desempleo, ni una política de pleno empleo, objetivos ya garantizados en otras disposiciones constitucionales. El derecho al trabajo es esto pero no sólo es esto, con él no sólo se pretende asegurar la existencia de los que no poseen otra riqueza productiva salvo su fuerza de trabajo, sino que también se trata de reconocer que el trabajo mismo forma parte de la personalidad del hombre, y que sin la posibilidad efectiva de trabajar, de desarrollar un trabajo a la medida del hombre, éste no puede desarrollar plenamente su personalidad. Todo español con la capacidad adecuada (lo que incluye a los disminuidos, art. 49) y con deseos de trabajar tiene reconocido el derecho a conseguir un empleo adecuado a su preparación (Stuby); cómo se pone en práctica ese derecho es una dificultad no fácil de superar, pero en lo que al derecho del trabajo importa ese derecho habrá de tener una eficacia refleja muy directa respecto al llamado derecho al trabajo. Aunque tal derecho no pueda ser entendido como el derecho a una estabilidad absoluta que incluya la propiedad del concepto «puesto de trabajo», lo cierto es que el reconocimiento constitucional de tal derecho, y también aquí la referencia internacional es aleccionadora, comporta repercusiones muy importantes sobre la ocupación del trabajador y la estabilidad en el empleo, tomando en cuenta que la pérdida del puesto de trabajo puede impedir el goce efectivo de ese derecho, por lo que tiene que ser debidamente justificada. Ello supone no sólo la inadmisión de despidos individuales injustificados sino la protección en caso de reducción de personal, impidiendo el sacrificio innecesario de puestos de trabajo «productivos» (art. 38), primando ese

derecho al trabajo en casos concretos sobre el punto de vista egoísta del mero beneficio empresarial, aunque justifique (así p. ej. se ha reconocido en el seno del Consejo de Europa) «las medidas de ayuda a las empresas afectadas por problemas estructurales». En cualquier caso el derecho al trabajo difícilmente puede conciliarse con sistemas de libertad «salvaje» de despido, de liberación indiscriminada de éste.

Quizá para compensar el significado del reconocimiento de la libertad y derecho al trabajo la Constitución incluye también un deber de trabajar. Esta diferencia no puede ser entendida como forzosidad de trabajo, pues el trabajo forzoso abiertamente se rechaza, más bien habría que ponerlo en conexión con el artículo 123, 1, que impone la actuación de toda la riqueza del país dentro de la que habría que incluir la fuerza de trabajo. Por otro lado la idea de que todos debemos desarrollar una actividad socialmente útil se conecta con el hecho real de que para la mayoría de la población los medios de sustento sólo pueden conseguirse mediante el trabajo. Aun cuando es una declaración sobre todo moral, la condena de la ociosidad puede también tener efectos jurídicos, aunque de no fácil puesta en práctica (Mancini).

Es más que dudoso que de la existencia de un deber de trabajar puedan inferirse directamente consecuencias en favor del empleador en la forma de garantías que aseguren la diligencia del trabajador, aún más cuando el tema de la productividad se encuentra expresamente considerado en el artículo 48, y desde cuya óptica parecen legitimarse medidas específicas tendentes a garantizar un adecuado **out-put** del trabajador.

Tutela de la profesionalidad

Aunque el texto constitucional no alude directamente a esta tutela, ella puede inferirse tanto de la libertad de elección profesional, como de la garantía de una formación y readaptación profesionales junto a la mención, en el artículo 35.1, del derecho «a la promoción a través del trabajo». La doctrina más reciente extrae tanto de la dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (reconocidos en el art. 10) como del propio derecho al trabajo la idea de que la plena realización de la personalidad del trabajador presupone el más amplio desarrollo de sus posibilidades profesionales. En nuestro caso no cabe duda de que la lectura de la normativa constitucional incluye un objetivo de favorecer el desarrollo de las capacidades y posibilidades profesionales del trabajador. Esto supone entender la capacidad profesional en un sentido dinámico de posibilidad concreta de realizar la propia capacidad profesional (Finamore-Persiani), y esto supone precisamente, como indica la expresión «a través del trabajo», que

> «toda posibilidad de desarrollo de esta capacidad reside en el continuo contacto con el mundo de la fábrica —incluso si para su completa actuación ello exige una nueva dimensión de la empresa— y por tanto no en el alejamiento de dicho ambiente con la evntual constricción a "cambiar de ambiente"» (Fabris).

La tutela de la profesionalidad supone así un redimensionamiento de la posición empresarial ampliándose sus responsabilidades de modo que el uso de la fuerza de trabajo se haga no sólo de forma que no perjudique la capacidad profesional del trabajador (y ello implica por ejemplo un deber de ocupación efectiva y adecuada), sino además de forma que esa capacidad se enriquezca y mejore, dando una mayor responsabilización de la fuerza de trabajo en la línea de las modernas propuestas de humanización del trabajo. Es decir, ya no se trata sólo de no dañar por el trabajo la personalidad del trabajador, sino de favorecer su formación, desarrollo y mejora. Por otra parte, la tutela de la profesionalidad parece salir al paso de ciertas tendencia empresariales de descualificación de la mano de obra, de rompimiento de los criterios profesionales y de la búsqueda de trabajadores «para todo», primando sólo los intereses empresariales sin tener en cuenta los profesionales del propio trabajador que la Constitución quiere ahora tutelar. Los trabajadores podrán recobrar la vieja conciencia de la dignidad profesional que el proceso de intensificación de la división de trabajo y de descualificación progresiva de la mano de obra había ocasionado. Se abre una interesante y alargada vía que tanto las medidas legales como sobre todo la negociación colectiva y la política empresarial habrá de llenar. Y no puede hablarse aquí de rigidez del mercado de trabajo sino todo lo contrario. de un progresivo mejoramiento de nuestro «capital humano» «riqueza del país», también subordinada al «interés general», que no es precisamente el de su envilecimiento.

Salario suficiente y no discriminatorio

El derecho a una remuneración suficiente es clásico ya en el plano constitucional y en la normativa internacional que protege los derechos humanos y sociales. Incluso la dicción del artículo 35 recuerda la de otros instrumentos, así p. ej. el artículo 4, 1), de la Carta Social Europea habla de «una remuneración suficiente para asegurarles (a los trabajadores), así como a sus familias, un nivel de vida decente».

El único criterio que se utiliza es aquí el de la suficiencia del salario, siguiendo la vieja tradición del salario mínimo y familiar que ha caracterizado sobre todo a la doctrina social católica. Otras Constituciones (por ejemplo el art. 36 de la italiana) aluden además a otros criterios de medida como la proporcionalidad, criterio que persigue un fin diverso del garantista de asegurar al trabajador el mínimo suficiente para su sustento, y más cercano al «valorizar el desarrollo de la personalidad del trabajador en el seno de la empresa» (Cessari), es decir más vinculado a la idea de tutela de la profesionalidad. El propósito del artículo 35 es más concreto, trata de garantizar que el trabajador obtenga de su trabajo lo que necesitan para vivir él y los suyos, función garantista que debe ser entendida en forma dinámica dada la relatividad que la noción de necesidad o nivel de vida decente tienen. En cualquier caso se vedan para

todos los trabajadores (incluidos los funcionarios públicos) las remuneraciones que, teniendo en cuenta las consideraciones socioeconómicas del momento, así como las prestaciones de seguridad social y demás ventajas (vivienda, enseñanza, etc.), no aseguren al trabajador y a su familia un adecuado nivel de vida.

La forma adecuada para cumplir ese objetivo habrá de ser la negociación colectiva, pero ello no impide, sino todo lo contrario, un método legal de fijación de salarios para cubrir la insuficiencia de la negociación colectiva en los sectores no debidamente cubiertos por ésta. Por otro lado, como demuestra la experiencia de la puesta en práctica de la Carta Social Europea, la referencia a la familia no deja de tener problemas, aunque el criterio de referencia habría de ser la familia media, sin perjuicio del establecimiento por vías extrasalariales de especiales ayudas o exenciones a los trabajadores con excesivas cargas familiares.

En cualquier caso la suficiencia del salario como derecho del trabajador abre una vía inédita de posibilidad de controlar y discutir desde el mandato constitucional los niveles salariales mínimos, abriéndose a partir de ahora una serie de interrogantes, algunos de los cuales se formulan ya en la ponencia de los profesores de Valencia.

El texto Constitucional añade que «en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo». La importancia de la referencia es señalada ya por Lyon Caen, y en cierto sentido se trata de una reiteración del principio de no discriminación contenido en el artículo 14. La insistencia puede tener efectos positivos, pero también efectos negativos de querer deducir el tema de la discriminación en el trabajo al sólo tema salarial. En cualquier caso el tratamiento igual en materia salarial entre hombre y mujer no pasa todavía entre nosotros de ser un buen deseo pese a la importancia creciente de la mano de obra femenina. Al igual que en otros países el logro efectivo de la igualdad no es fácil, puesto que ello lo obstaculiza no sólo una serie de problemas económicos y sociales sino una serie de prejuicios y actitudes tradicionales (Budiner). De la Constitución y de la normativa internacional al propósito, deriva no sólo una equiparación de derecho de la remuneración (lo que en cierto sentido ya existe entre nosotros) sino el conseguir de hecho que el hombre y la mujer logren por un mismo trabajo un mismo salario, y para conseguir ello han de hacerse importantes esfuerzos, siendo insuficiente como demuestra la experiencia comparada el mero juego de la autonomía colectiva. La abolición de toda discriminación en materia salarial por razón del sexo, no se limita sin embargo a un sólo tema de salarios sino que afecta a la propia estructura del mercado de trabajo, y en tal sentido es útil tener en cuenta dos observaciones:

— Primero, que el principio de igualdad de remuneración puede tener un cierto efecto **boomerang** en el sentido de que su puesta en práctica entraña la creación de nuevos mecánicos discriminatorios todavía más difíciles de combatir que los primeros (Vogel-Polsky).

— Segundo, que para hacer efectiva la igualdad sustancial hombre y mujer las posibilidades de intervención del derecho son muy limitadas;

habiendo de acercarse a las raíces de la estructura social y económica (Treu) de la que esa discriminación parte. Los esfuerzos que en toda Europa y en la mayor parte del mundo se están haciendo al propósito pueden servirnos de experiencia para una decidida y necesaria política de búsqueda de una paridad de trato en materia laboral entre el hombre y la mujer.

* * *

Esperamos que estos trabajos que se ofrecen hoy a la consideración del lector puedan servir para la apertura de un largo y fructífero debate, que enriquezca no sólo al propio derecho del trabajo, sino que sirva para una mejora en profundidad de nuestras relaciones de trabajo.

II

CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO DEL TRABAJO (*)

GERARD LYON-CAEN
Catedrático Numerario de Derecho del Trabajo
Universidad de París (Sorbonne)

I. SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL TRABAJO

Nuestro enemigo en este momento es la lengua. Y ello es tanto más cierto cuanto que todos nosotros somos profesionales del derecho, es decir, personas que tienen tendencia a abusar de la lengua. La expresión «constitucionalización del derecho del trabajo» no tiene ningún sentido en francés; he intentado encontrarle un significado y creo que es el siguiente: no existe un camino directo entre la dictadura y el socialismo, es necesario pasar por la democracia; y la democracia en las relaciones de trabajo no puede ser otra cosa que hacer de los derechos de los trabajadores derechos análogos a los del ciudadano. Por ello, ordenaré el contenido de mi intervención en torno a dos temas: el del derecho constitucional del trabajo en general y el del texto español de la Constitución.

En primer lugar, unas palabras sobre el derecho constitucional del trabajo. Tengo la impresión de que la conclusión general que puede obtenerse del mismo es la de un gran escepticismo. Si empleamos el método comparado, constatamos que en determinados países el derecho constitucional del trabajo es inexistente, como es el caso de Gran Bretaña, o de extensión muy reducida, como en la República Federal de Alemania; y, sin embargo, las relaciones de trabajo en estos países no marchan peor que en otros. Por el contrario, tuvo un contenido muy desarrollado en la Constitución de Weimar de 1920 y lo tiene también en la Constitución mexicana; este último país no es, sin embargo, un modelo de relaciones de trabajo. El caso intermedio es el representado por Italia y Francia, que establecen en sus Constituciones algunas fórmulas sobre la materia. En definitiva, esta circunstancia tiene poca importancia; mucho derecho

(*) Traducción a cargo del Prof. Dr. don Fermín Rodríguez-Sañudo, sobre el texto grabado de la exposición oral.

constitucional del trabajo, poco derecho constitucional del trabajo, las consecuencias son prácticamente nulas, porque los derechos de los trabajadores se alimentan de fuentes distintas del derecho constitucional. Diría incluso que más importante que éste me parece la afirmación de los derechos de los trabajadores en el seno de la comunidad internacional: sería interesante conocer cuál es el lugar que la Constitución española da a los convenios internacionales firmados y ratificados por España, pues todos los Estados miembros de la O. I. T. están obligados a respetar unas determinadas normas fundamentales muy conocidas. La Carta Social Europea, por su parte, contiene un programa bastante completo de normas fundamentales en materia de derecho del trabajo, comprendido el derecho de huelga. Y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas da a los derechos fundamentales de los trabajadores una sanción bastante eficaz; a este respecto, quisiera simplemente aludir a una decisión —la «decisión Rutili», que quizás ustedes no conozcan, puesto que España no es todavía miembro de la C. E. E.— que afirma que un Estado miembro de la Comunidad no puede tomar medidas de orden público (es decir, medidas de expulsión), respecto de un trabajador extranjero, fundadas en el ejercicio de la libertad sindical, comprendido el derecho de huelga.

Pero más importante incluso que los textos internacionales me parecen a este respecto las libertades de orden práctico; los progresos del derecho del trabajo son función en mayor medida del estado de las instituciones políticas, del buen funcionamiento de las libertades democráticas, que de la afirmación de algunos derechos sociales: a través del ejercicio de las libertades democráticas es como los trabajadores hacen respetar mejor los derechos que les son reconocidos. Apuntaría aquí, sin embargo, una paradoja: desconfío siempre cuando en un texto legal —y, sobre todo, en un texto constitucional— leo la palabra «social», porque pienso que es mixtificador en grado extremo. Función social de la propiedad, responsabilidad social de la empresa: son fórmulas que se encuentran en la Constitución española y que son engañosas. Creo que el derecho constitucional tiene por función organizar las instituciones de la democracia antes que otra cosa. Por otra parte, pienso que las normas constitucionales, incluso si no son puramente programáticas, son raras veces **self-executing**, es decir, susceptibles de aplicación inmediata sin necesidad de ningún mecanismo intermedio. Una Constitución, en materia de relaciones de trabajo, no es casi nunca **self-executing**, lo que hace que su trascendencia sea muy pequeña; el legislador, a la postre, por medio de una ley hábil, puede hacer ineficaz —e, incluso, dañoso— un texto constitucional: existen ejemplos de ello. Creo que el método que consiste en insertar los derechos de los trabajadores (especialmente los colectivos) en los textos de las leyes civiles, mercantiles y administrativas sería mucho más eficaz: por ejemplo, los textos legales reguladores de las sociedades mercantiles deberían contener los derechos reconocidos a los representantes de los trabajadores; la ley sobre el procedimiento de quiebra —muy actual en el presente período de crisis económica— debería

contener indicaciones sobre los derechos colectivos de los trabajadores en esas situaciones.

El progreso social depende también de la importancia del sector público de la economía, ya que es este sector el que —desde el punto de vista del trabajo— muestra el camino a la empresa privada, reconociendo, por ejemplo, una mayor estabilidad en el empleo o mejores derechos a los trabajadores. Una democracia que no poseyera un importante sector público en la economía podría ver deteriorado su programa; por supuesto, ello depende también del dinamismo del movimiento sindical y de la coyuntura económica. El papel de la Constitución en todo ello parece, por el contrario, bastante modesto.

II. OBSERVACIONES A LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Si de estas consideraciones generales paso ahora al examen de la Constitución española, debo hacer un cierto número de observaciones. Me perdonarán que les hable de un documento cuyo interés es infinitamente mayor para ustedes que para mí, pero lo hago impulsado por la simpatía que siempre he sentido por la democracia española, lo que me permitirá también hacer alguna crítica.

A) Concepción del sindicato

En primer lugar —y ésta será una primer crítica— temo que el artículo 7, en lo que concierne al papel de los sindicatos, suponga una concepción demasiado restrictiva de lo que deba ser un sindicato de trabajadores. Sé que en Francia también existe en la ley una definición restrictiva del objeto del sindicato, de la que en la práctica y paulatinamente el sindicato se ha ido desembarazando, pero que constituye todavía una dificultad considerable. Por otra parte, el hecho de que se ponga en el mismo plano a los sindicatos de trabajadores y a las organizaciones empresariales me parece falso, porque el papel de los sindicatos de trabajadores y el de las asociaciones de empresarios no es en absoluto el mismo. En Francia, desde hace un siglo, experimentamos la dificultad de desembarazarnos de la idea de que un mismo régimen jurídico se aplique a unos y a otras.

El sindicato no puede permanecer encerrado en la defensa de intereses económicos; tiene que asumir a nivel nacional los intereses colectivos de la clase de los trabajadores, lo que le lleva necesariamente a tomar posición respecto de lo que vulgarmente se denomina materias políticas, como lo hace cualquier ciudadano. De otra parte, y también en relación con los sindicatos, hay una disposición tomada de la Ley norteamericana de 1959 que me parece muy peligrosa. No sé si los autores de esa disposición conocen la ley americana, que es la única, según creo, que aborde este punto. Se refiere al control de la vida interna del sindi-

cato, de la democracia interna del sindicato. Hay que ser claros en esta materia, el movimiento sindical no pertenece al mismo orden jurídico que el Estado; éste debe ignorar completamente la manera como son designados los dirigentes sindicales o como son gestionados los fondos del sindicato; si existen normas precisas relativas al funcionamiento interno del sindicato, nos encontraremos ante un conflicto permanente. Evidentemente, podría decirse que ello es así para hacer respetar la democracia; en cualquier caso, se trata de una fórmula muy peligrosa, como opina también el profesor Mancini.

B) Convenios y conflictos colectivos

Añadiré una segunda crítica en relación con un punto diferente. Se trata del texto del artículo 37 que afecta a la técnica del derecho del trabajo; el artículo 37.1) se refiere al convenio colectivo, añadiendo una fórmula relativa a su «fuerza vinculante». Si hay un campo en el cual el constituyente debería abstenerse de poner la mano es precisamente el de la naturaleza jurídica de las obligaciones que nacen de un convenio colectivo, punto sobre el que existen desde hace un siglo conflictos y divergencias de opiniones muy importantes; si se quiere que haya negociación colectiva, hay que abstenerse de hablar de «fuerza vinculante», expresión muy equívoca que podrá ser entendida como constitucionalizando, contra el derecho de huelga, el deber de paz.

De acuerdo con el artículo 37, 2), también los empresarios tienen la posibilidad de «adoptar medidas de conflicto colectivo», lo cual es un modo eufemístico de legalizar, de constitucionalizar el **lock-out**, lo que en las circunstancias actuales de un país democrático aparece como algo especialmente desafortunado. Quizás los tribunales se vean obligados a admitir que en determinados casos el **lock-out** está justificado, pero en ningún caso corresponde a la Constitución tomar posición sobre tal problema; pienso que este punto dará lugar en el futuro a amplias discusiones doctrinales, en las que a buen seguro ustedes participarán gustosamente.

C) Libertad de trabajo y derecho al trabajo

Por el contrario me parece que en lo que se refiere a la libertad de trabajo y al derecho al trabajo, la Constitución tendría alguna palabra que decir, puesto que en este caso se trata de cuestiones de derecho público, de derecho constitucional. El texto se limita a una afirmación enormemente general sobre el derecho al trabajo: y si hay una fórmula que no sea inmediatamente aplicable es precisamente ésta del derecho al trabajo. Por el contrario, por lo que se refiere a las prohibiciones profesionales, a las discriminaciones profesionales, a todo lo que puede atentar al derecho del hombre a ganar su vida con su trabajo, pienso que la Constitución

debería tomar una posición mucho más clara. Lamento que el profesor Däubler no se encuentre todavía con nosotros, puesto que sería interesante conocer si una disposición más clara en la Ley Fundamental de Bonn sobre las prohibiciones profesionales no hubiera impedido la introducción de limitaciones que envenenan actualmente la vida pública en Alemania Federal. Creo que sería muy importante una disposición que prohibiese cualquier discriminación en el acceso a un empleo público o privado por razón de opiniones, etc. El profesor Giugni ha expresado una opinión idéntica, por lo que pido perdón al repetirla, pero quería expresar mi completo acuerdo en este punto.

De otra parte, se encuentran en el texto constitucional muchas fórmulas vacías que no sirven para nada, como el derecho a la promoción social, el pleno empleo... La Constitución no puede garantizar el pleno empleo, ya que ello depende de la coyuntura económica; en cuanto a la promoción social, es el tipo de fórmula con el que todo el mundo está de acuerdo pero que no resulta operativa. Por el contrario, me parece que no hay gran cosa sobre la igualdad del hombre y la mujer en el trabajo; hay disposiicones generales sobre igualdad de los sexos, pero la inclusión de una regla constitucional especial sobre la igualdad del hombre y la mujer en el acceso al trabajo, la promoción, etc., y no sólo sobre el salario, sería probablemente una buena fórmula.

He aquí, pues, algunas observaciones sobre el texto constitucional. En definitiva, tengo la impresión de que peca de una multiplicación de fórmulas demasiado generales (función social del derecho de propiedad, por ejemplo) y de utilización de palabras totalmente indefinidas, como la de la empresa; en relación con esta última, pienso que se trata de una palabra que habría que desterrar del vocabulario, ya que es extremadamente peligrosa,negadora de la divergencia entre los intereses de los trabajadores y del capital: podría hablarse de empresario, jefe de empresa, etc.

III. A TITULO DE CONCLUSION

Quisera añadir algunas palabras como conclusión. Me gustaría reflexionar con ustedes sobre los riesgos y las ventajas de la legislación —sobre todo de la constitucional— en derecho del trabajo. Creo que esa legislación presenta varios peligros. En primer lugar, el de congelar en un momento dado de la Historia las relaciones de trabajo, puesto que la Constitución, como se ha dicho certeramente, es el resultado de un compromiso. Inmediatamente, durante treinta, cuarenta o cincuenta años se realizan exégesis, se contrastan los distintos preceptos y esto tiene el riesgo de deteriorar un desarrollo armónico del mismo derecho del trabajo. Resulta, pues, de este hecho un inconveniente innegable; como decía al comienzo, las libertades democráticas son más importantes en relación con los derechos de los trabajadores que el reconocimiento de derechos sociales de apariencia novedosa pero demasiado generales.

Hay un segundo riesgo respecto del derecho constitucional del trabajo, y es que conduce a una excesiva juridificación de las relaciones de trabajo, al dar a los juristas, a los jueces, a los hombres de doctrina un papel quizás demasiado importante: éstos van a intentar que las leyes que sigan a la Constitución confieran un estatuto a la empresa, van a querar someter a conceptos jurídicos las relaciones de trabajo, el derecho del trabajo se va a convertir en lo que es ya en otros países, como Francia: una legislación aplicada por la Administración e interpretada por los Tribunales, lo que lleva a esclerotizar las luchas sociales. Pienso que no hay que ir demasiado lejos en esta dirección; lo que sí puede tener una utilidad es elaborar una legislación auxiliar, de apoyo al desarrollo de los derechos sindicales en la empresa, una legislación del tipo de la **Wagner Act** norteamericana de 1935 o del «Estatuto de los trabajadores» italiano de 1970 (uno de cuyos autores, precisamente, se encuentra entre nosotros hoy), porque estas son leyes que favorecen el desarrollo del sindicato en la empresa y garantizan un mayor respeto de la libertad sindical. Es necesario, sin duda, promocionar este tipo de leyes, pero sólo este tipo; respecto de las demás, hay que tener cuidado en que un exceso de derecho no sea negativo. Pienso siempre en el proverbio que reza: «acuérdate de desconfiar», aplicable perfectamente a los juristas: acuérdate de desconfiar de los juristas. Cuando se trabaja en derecho del trabajo, creo que es necesario tener esta idea constantemente presente.

III

LA CONSTITUCION ESPAÑOLA, LOS SINDICATOS Y EL DERECHO SINDICAL (*)

JEAN-MAURICE VERDIER
Rector y Catedrático Numerario de Derecho del Trabajo
Universidad de París (Vicennes)

I. EL DERECHO SINDICAL EN LAS CONSTITUCIONES

La importancia del movimiento sindical en la evolución de la condición de los trabajadores y el papel jugado por los sindicatos en la mayoría de los países en la evolución de la situación jurídica de aquéllos bastan para justificar la presencia de disposiciones constitucionales relativas al derecho sindical y los sindicatos. Actualmente, la casi totalidad de las Constituciones, al menos las de las democracias, contienen disposiciones más o menos explícitas a este respecto. Interesa en todo caso que esta libertad esencial y este derecho de acción colectiva encuentren en la Constitución la base de un reconocimiento indispensable y de una protección eficaz.

Una observación se impone antes de plantear los diferentes problemas relativos al lugar que debe encontrar la afirmación del derecho sindical en la Constitución. Esta última debe ser lo suficientemente explícita como para que el lastre de las instituciones encargadas de desarrollar los principios que contiene y para que los usos de los juristas habituados a razonar en el contexto de un derecho clásico que ignora los derechos colectivos no lleguen a vaciar parte del contenido de la afirmación constitucional nueva. La experiencia francesa a este respecto es rica de enseñanzas: la falta de una base constitucional, hasta 1846 y, sobre todo, la diversidad de inspiraciones de los textos legislativos relativos al derecho sindical, han retrasado considerablemente el desarrollo concreto de las implicaciones que el reconocimiento del derecho sindical logrado en 1884 llevaba consigo; las leyes se han superpuesto unas a otras sin desembocar en una protección coherente y completa de la libertad sindical; y los

(*) Traducción a cargo del Prof. Dr. don Fermín Rodríguez-Sañudo.

tribunales se han negado durante mucho tiempo a deducir las consecuencias necesarias para que el derecho sindical pudiera ser ejercido eficazmente en los diferentes niveles de la vida económica y social. Por el contrario, la proclamación constitucional del derecho sindical en 1946 ha llevado a la instauración progresiva de medidas más eficaces de protección de este derecho y, por fin, en 1968, al reconocimiento de medios concretos y reales de la actividad sindical en la empresa.

Inversamente, es deseable que la Constitución no entre en demasiados detalles, con objeto de no impedir las indispensables evoluciones y adaptaciones posteriores. Es necesario encontrar un punto de equilibrio entre las puntualizaciones que evitan saltos atrás a nivel de la aplicación concreta de las normas y, de otra parte, la discreción sin la que aquellas adaptaciones resultarían difíciles.

La problemática del apoyo constitucional al derecho sindical puede articularse en torno a tres ejes. El primero viene dado por el contexto internacional en el que el país se coloca, esto es, por las obligaciones que le vinculan en razón de su pertenencia a diversas comunidades internacionales y por aquéllas que asume espontáneamente. El segundo viene constituido por los problemas de estructuras y el tercero por los relativos a la función y a las atribuciones del sindicato.

II. EL CONTEXTO INTERNACIONAL

El contexto internacional es doble: se compone, de una parte, de las normas vigentes en las Comunidades internacionales a las que puede pertenecer España y, de otra, de las normas sobre libertad sindical en aquellas legislaciones nacionales de los países con los que España mantiene relaciones más estrechas, especialmente los países europeos.

A) Normas internacionales

a) **Las normas universales** son recogidas aquí sólo de forma sucinta. Se trata principalmente del artículo 23, parágrafo 4.º, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que consagra el derecho de toda persona a «fundar sindicatos y el derecho a afiliarse a un sindicato para la defensa de sus intereses», así como las disposiciones de los dos Pactos relativos a los Derechos Humanos que han entrado en vigor recientemente: el Pacto relativo a los derechos civiles y políticos, que consagra el derecho de crear sindicatos y de afiliarse a ellos; y el Pacto relativo a los derechos económicos, sociales y culturales cuyo artículo 8 consagra: 1.º) el derecho de toda persona a formar sindicatos y a afiliarse al sindicato de su elección; 2.º) el derecho de los sindicatos de formar federaciones y confederaciones nacionales y de afiliarse a organizaciones internacionales 3.º) el derecho de los sindicatos de ejercer su actividad libremente.

Ambos Pactos prevén posibilidades de restricción. De una parte, el derecho de crear sindicatos y de afiliarse a ellos puede ser restringido por la ley nacional en la medida necesaria, en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional y del orden público o para proteger los derechos y las libertades de terceros. De otra parte, pueden establecerse restricciones legales al ejercicio de estos derechos respecto de los miembros de las Fuerzas armadas, de la policía e incluso, en lo que concierne al Pacto relativo a los derechos económicos y sociales, de los funcionarios públicos.

Se puede observar que estas normas universales son bastante generales. Queda en pie el problema de la extensión de las restricciones del ejercicio del derecho sindical por parte de ciertas categorías: ¿Pueden llegar tales restricciones hasta la total supresión del derecho? Las disposiciones de la Constitución española (art. 28) parecen conformes a tales normas.

b) **Las normas europeas** contenidas en la **Convención Europea de los Derechos Humanos** de 1950 son también muy generales, puesto que no prevén más que el derecho de fundar sindicatos y de afiliarse a ellos, pero no el derecho de las organizaciones sindicales de funcionar libremente. Por otra parte también son aquí posibles las restricciones legales, en las mismas condiciones que para los Pactos fundamentales (Fuerzas armadas, policía, administración) sobre la base del orden público.

En la **Carta Social Europea** están consagrados los derechos de constitución de organizaciones sindicales y de afiliación (art. 5), pero las restricciones admitidas por parte de las legislaciones internas son más limitadas: tales restricciones no pueden llegar a la total negativa del derecho sindical más que para los miembros de las Fuerzas armadas, mientras que debe ser al menos reconocido a la policía.

El artículo 118 del **Tratado de Roma** menciona el derecho sindical entre las materias respecto de las que se debe promover la colaboración entre los Estados y el Reglamento número 38/64, de 25 de marzo de 1964, así como el número 1.612/68, de 15 de octubre de 1968, impone la igualdad de trato de los extranjeros y de los nacionales en materia de derecho de afiliación a organizaciones sindicales, sin mencionar no obstante el derecho a participar en la dirección de los sindicatos. Es importante que el **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas** haya considerado, en la decisión «Rutili», de 28 de octubre de 1975 (**Revue Trimestrielle de Droit Européen**, 1976, pág. 128, con notas de Lyon-Caen), que la reserva de orden público contenida en el artículo 48 del Tratado de Roma, que permite a los Estados establecer limitaciones al ejercicio de los derechos por los extranjeros, no puede aplicarse al ejercicio del derecho sindical, puesto que el artículo 8 del Reglamento número 1.612/68 garantiza la igualdad de trato en materia de afiliación a las organizaciones sindicales y de ejercicio de los derechos sindicales.

c) Son evidentemente los **Convenios de la O. I. T.** relativos a la libertad sindical los que contienen las disposiciones de mayor precisión, hasta tal punto que su estudio detallado desbordaría los límites de esta breve

ponencia; en este momento no se trata más que de recordar los puntos esenciales. El Convenio número 87 de 1948 sobre la libertad sindical y la protección del derecho sindical consagra, con referencia a **todos** los trabajadores, sin distinción alguna y por lo tanto también a los funcionarios públicos, el derecho de constituir organizaciones sindicales de su elección en cualquier profesión, sin autorización previa (lo que no excluye algunas formalidades administrativas a efectos de publicidad), con adquisición de la correspondente personalidad jurídica: ello supone el derecho de crear organizaciones concurrentes, esto es, el pluralismo de derecho, incluso si en la práctica se da la unificación de hecho, puesto que la ley no debe imponer la unidad sindical, que debe seguir siendo espontánea.

Las organizaciones así creadas tienen, por otra parte, el derecho de elaborar sus estatutos y reglamentos internos, de elegir libremente sus dirigentes y representantes y de organizar su gestión interna y desarrollar su actividad de forma totalmente libre.

El Convenio número 98 de 1949, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, se refiere menos a la protección de la libertad sindical frente a los poderes públicos —como el Convenio número 87— que a la salvaguardia de los derechos sindicales frente a los empresarios y sus organizaciones. Así, prohíbe cualquier discriminación en materia de empleo fundada en la afiliación o actividad sindicales, tanto en el momento de la contratación como a lo largo de la relación o en el momento del despido.

El Convenio prohíbe expresamente cualquier cláusula del contrato de trabajo que impida al trabajador afiliarse a un sindicato o le obligue a darse de baja en el mismo. Por el contrario, no prohíbe ni autoriza las llamadas cláusulas «de seguridad sindical», en virtud de las cuales el empleo en ciertas profesiones puede ser limitado por la vía de la negociación colectiva a los trabajadores miembros de un determinado sindicato. Por otra parte, para evitar que los empresarios o sus organizaciones intenten dominar sindicatos de trabajadores, el Convenio protege las organizaciones contra cualquier acto de injerencia de las demás, sea de forma directa o a través de sus agentes o miembros, en su formación, su funcionamiento o su administración; el control o el apoyo financiero está considerado como acto de injerencia.

Por último, el Convenio trata de evitar la parálisis de la acción de las organizaciones al exigir que se tomen medidas para estimular y fomentar la negociación colectiva, permitiendo de esta manera la superación de una posible negativa a negociar por parte de los empresarios o de sus organizaciones.

No parece que el texto de Constitución española plantee ningún problema general de adecuación con respecto a estos dos Convenios. En efecto, el derecho sindical se reconoce a **todos** (art. 28) y nadie está obligado a pertenecer a un sindicato (art. 28). Dos disposiciones consagran el pluralismo sindical de derecho (art. 7: creación libre; y art. 28: derecho a afiliarse al sindicato de su elección). El derecho de creación viene acompañado de la libertad de funcionamiento y de acción de los

sindicatos, que pueden formar confederaciones y afiliarse a organizaciones internacionales (art. 28).

Deben hacerse, sin embargo, dos observaciones.

En primer lugar, el artículo 28 prevé que la ley puede excluir o limitar el ejercicio del derecho de sindicación a determinadas categorías de servidores del Estado y el artículo 103, apartado 3, indica que la ley fijará el estatuto de los funcionarios públicos y las «condiciones del ejercicio de su derecho a sindicación...». En la medida en que España se encuentra obligada por el Convenio número 87, es claro que la Constitución no debe prever restricciones al derecho sindical de los funcionarios, el cual debe ser completo, incluso si en la práctica se presentan problemas particulares que los Tribunales resolverán de la manera apropiada.

En segundo lugar, la libertad de acción que, en la práctica, pueden disfrutar las organizaciones sindicales se encuentra estrechamente relacionada con el grado en que las **libertades públicas** están reconocidas efectivamente. La propia O. I. T. se ha preocupado recientemente de las relaciones entre derechos sindicales y libertades civiles, hasta el punto de que en una resolución aprobada en 1970 sin oposición alguna, la Conferencia Internacional del Trabajo estimó que «la ausencia de libertades civiles borra todo significado al concepto de los derechos sindicales», especialmente lo que se refiere al derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, la libertad de opinión y de expresión, la libertad de reunión, el derecho a un proceso justo por un tribunal independiente e imparcial, el derecho a la protección de los bienes de los sindicatos (Cfr. Informe número 7 de la 54.ª sesión de la Conferencia, 1970).

El grado en que la Constitución y la ley españolas garanticen efectivamente el ejercicio y la protección de las libertades civiles determinará pues directamente el significado real del reconocimiento del derecho sindical.

B) Relaciones entre sindicatos españoles y sindicatos europeos

El contexto internacional se encuentra constituido también por las relaciones que se establezcan entre los sindicatos españoles y los sindicatos de aquellos países con los que España está llamada a tener relaciones más frecuentes, especialmente los países europeos.

En el conjunto de países de Europa occidental, integrados todos ellos en el sistema general fundado sobre la concepción liberal y la independencia política del sindicato, se observan como rasgos comunes la generalidad del reconocimiento del derecho sindical a todos los trabajadores, incluidos los funcionarios, el pluralismo de derecho acompañado de la libertad de afiliación al sindicato que se prefiera, la libertad de organización y de funcionamiento interno del sindicato. A este respecto, los ordenamientos jurídicos no plantearán problemas de importancia con referencia a las relaciones entre sindicatos españoles y sindicatos de los países vecinos; son más bien las concepciones fundamentales respectivas las que pueden suscitarlos.

Por lo que se refiere a las **atribuciones** de los sindicatos, son importantes en el conjunto de países europeos, pero pueden observarse diferencias significativas. Así, mientras que la legislación alemana sigue manteniendo al sindicato en lo esencial fuera de la empresa (aunque después de la ley de 19 de enero de 1972 sobre la constitución social de la empresa la influencia del sindicato sobre la vida social de la empresa se haya acrecentado: funciones de consulta y de control, participación de pleno derecho en las asambleas de personal, derecho de acceso a la empresa de los responsables sindicales), las legislaciones italiana y francesa (Estatuto de los trabajadores de 1970 en Italia, ley de 27 de diciembre de 1968 sobre el derecho sindical en la empresa en Francia) han institucionalizado la acción sindical en la empresa, lo que lleva consigo medios determinados (tablón de anuncios, reunión, local, cobro de cotizaciones...) así como un estatuto particular de protección de los delegados sindicales. Pero en esta materia se trata de disposiciones que se derivan más inmediatamente de la ley que de la Constitución propiamente dicha (cfr. **Infra**, IV).

III. ESTRUCTURA DE LOS SINDICATOS Y DEL DERECHO SINDICAL

En lo relativo a los problemas de la estructura de los sindicatos y del derecho sindical, considerados en sí mismos y no ya sólo desde la perspectiva de las obligaciones internacionales, es necesario examinar tres categorías de problemas: los beneficiarios y la extensión del derecho sindical, la independencia y el pluralismo.

A) Titularidad del derecho sindical

Por lo que se refiere a los **beneficiarios** o **titulares** del derecho sindical, la Constitución española lo reconoce en principio a **todos**, pero ya se ha visto que permite a la ley que excluya o limite el ejercicio de este derecho respecto de **determinadas categorías de servidores del Estado** (art. 28) y que la ley fijará el estatuto de los funcionarios públicos y las condiciones del ejercicio de su derecho de sindicación (art. 103, 3).

De esta manera, parece que el texto lleva a cabo una distinción entre los funcionarios públicos, para los cuales el derecho sindical parece reconocido, pudiendo ser regulado el ejercicio de tal derecho (art. 103, 3), y otras categorías de agentes del Estado, respecto de los cuales el derecho sindical pudiera resultar no solamente limitado en su ejercicio, sino «excluido» (arts. 28 y 127, 1).

La Ley española se diferenciaría así de otras legislaciones de países vecinos que reconocen el derecho sindical de los funcionarios, incluidos los jueces (Francia, Alemania Federal, Holanda, Italia), de las fuerzas de policía y algunas de ellas incluso de los militares (Alemania Federal). Es verdad que el ejercicio del derecho sindical de los funcionarios encuentra

en la jurisprudencia de determinados países —en particular Francia— ciertas condiciones (como la exclusión de perturbaciones en el funcionamiento de los servicios) que a veces suponen alguna restricción en el ejercicio del derecho sindical. Hay que señalar, sin embargo, que el artículo 28 y sobre todo el artículo 127, 1, de la Constitución española, permiten limitaciones excesivas del derecho sindical de ciertas categorías de agentes públicos.

B) Independencia de los sindicatos

Las disposiciones constitucionales parecen garantizar **la independencia** de los sindicatos respecto del Estado y los poderes públicos. En la práctica, el carácter **privado** del grupo sindical, persona jurídica de derecho privado, parece ser el cuadro más apto por naturaleza para conseguir esta independencia. Pero ¿no sería oportuno, dado el pasado reciente del régimen sindical en España, expresar en la Constitución que los sindicatos son agrupaciones de derecho privado?

En cualquier caso, resulta esencial que los textos normativos relativos a los sindicatos excluyen con claridad cualquier posibilidad de disolución administrativa de los mismos, siendo sólo competente para ello una jurisdicción independiente sobre la base de causas del derecho común de disolución de las agrupaciones. Esta exigencia, contenido en el Convenio número 87 de la O. I. T. (jurisprudencia de la Comisión de Expertos) es esencial y se cumple en los países defensores de la idea de independencia.

Pero la independencia de los sindicatos se manifiesta y se adquiere, evidentemente, en la acción. La importancia del problema está en función de la importancia de las atribuciones del sindicato: a medida que éstas son mayores y más numerosas, mayor es el riesgo de una dependencia mutua entre el Estado y los sindicatos: el primero se encuentra obligado a hacer distinciones entre los sindicatos en nombre de la eficacia (cfr. **infra**, C) y los segundos se ven compulsados a hacer presión sobre el Estado en interés de sus afiliados, tanto más cuanto más determinante es la acción de Estado sobre la economía.

C) Pluralismo y representatividad sindicales

La Constitución española opta por el **pluralismo sindical de derecho**, ya que todos pueden afiliarse al sindicato **de su libre elección** (art. 28) y que la creación de sindicatos es libre (art. 7). Sin embargo, convendrá conocer el contenido de la legislación sindical para saber a qué carta quedarse a este respecto. En efecto, el legislador dispone de medios diversos para establecer distinciones e, incluso, discriminaciones, entre los sindicatos. El riesgo es tanto mayor cuanto que —en la medida en que las atribuciones de los sindicatos son importantes y éstos se encuentran

asociados a la elaboración de la política económica y social— el Estado se puede encontrar obligado, en detrimento de la estricta igualdad exigida por el pluralismo, a reservar determinadas prerrogativas de participación a aquellos sindicatos que presenten un mínimo de garantías de verdadera representatividad.

En Francia se ha reservado un determinado número de prerrogativas importantes a los sindicatos «más representativos» precisamente por esta vía. En la práctica ocurre otro tanto en Italia, donde el sindicalismo, al igual que en Francia, se encuentra dividido. Casi no es rechazable que el reconocimiento de determinadas prerrogativas a los sindicatos (por ejemplo, puestos en organismos oficiales consultivos o de gestión) tenga como inevitable consecuenica una cierta discriminación fundada en condiciones legales (efectivos, independencia frente a los empresarios, experiencia y actividad, poder de convocatoria, etc.) de representatividad real, a fin de evitar que, en una situación de pluralismo sindical, los sindicatos que no son tales —al no ser independientes de los poderes públicos o de los empresarios o bien porque son esqueléticos— puedan exigir su ejercicio. Pero esta distinción no podría afectar más que a las prerrogativas de participación y nunca a las de oposición (cfr. **infra**, IV A), en especial la huelga, puesto que en estos casos la representatividad se mide por los resultados de la acción.

Quizás hubiera sido prudente añadir al artículo 131 del texto constitucional una disposición que indicase que las consultas a los sindicatos por parte de los poderes públicos deben hacerse sin ninguna discriminación entre las organizaciones representativas. De esta manera, se encontrarían prohibidas con claridad las discriminaciones de hechos en tales casos.

IV. FUNCION Y ATRIBUCIONES DEL SINDICATO

La función y las atribuciones de los sindicatos plantean en general tres series de problemas, relativos a su naturaleza, su objeto y el nivel en el que aquéllos se ejercen.

A) Naturaleza de la función y de las atribuciones

Por lo que se refiere a la naturaleza de la función y de las atribuciones hay poco que decir. En todas partes los sindicatos mezclan oposición y participación, es decir, la reivindicación apoyada en la acción directa, en la negociación con los empresarios, la concertación con los poderes públicos e incluso la participación regular en consejos u organismos oficiales. El peso y la eficacia de su «participación» se apoya sobre su capacidad de oposición, de forma que esta última sigue siendo primordial aunque la participación ocupe un papel cada vez mayor en su actividad. En pocas palabras, oposición y participación forman el conjunto constitutivo de la función de los sindicatos. El problema no es tanto el de la

elección entre las dos sino el del equilibrio a mantener entre ambos, a fin de evitar la integración del sindicato en el sistema político-económico y la pérdida de su independencia y, por consiguiente, de su representatividad.

En este punto, las disposiciones de la Constitución española permiten que sean los sindicatos mismos los que determinen el equilibrio a establecer entre las dos funciones: el artículo 7 menciona la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales y el artículo 131, 2, el asesoramiento y la colaboración de los sindicatos en la elaboración por el gobierno de los proyectos de planificación.

Quizás pueda temerse que el hecho de que el artículo 131, 2, mencione la intervención de los sindicatos en los proyectos de planificación sea interpretado en el sentido de excluir la consulta en otras materias, lo que sería lamentable, al dejar de lado otros aspectos de la labor legislativa o reglamentaria, extremo que no se corresponde quizás con la intención de los constituyentes.

Por otra parte, conviene recordar que el desarrollo de las prerrogativas de participación puede llevar al legislador a reservar su ejercicio a sindicatos que presenten garantías y cumplan condiciones que en conjunto constituyen lo que se denomina la «representatividad jurídica».

B) Objeto del sindicato

El objetivo del sindicato se define en el artículo 7, al indicar que «contribuye a la defensa y a la promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios». La fórmula puede parecer insuficiente, en cuanto que no menciona expresamente los intereses normales de los miembros de un sindicato y de una profesión, que deben ser defendidos por aquél en igual medida que los intereses materiales. No obstante, parece una fórmula preferible a la que figura en el Código de Trabajo francés, la cual menciona los intereses económicos, industriales, comerciales y agrícolas, como si no existiesen otros distintos.

A pesar de todo, la fórmula no resuelve por sí misma el delicado problema de las relaciones entre la acción sindical y la acción política, objeto, como se sabe, de un antiguo debate que algunos países parecen haber resuelto abandonado en la práctica cualquier intento de encontrar esa línea de demarcación. La cada vez mayor imbricación de lo económico y de lo social, de una parte, con los problemas políticos de otra y la extensión de derecho y de hecho de la función de los sindicatos en todos los países a los problemas de política general (vivienda, transporte, educación, etc.) convierten la distinción en algo artificial e, incluso, banal. La fórmula general utilizada permite esperar que los límites de la acción sindical no serán fijados en la práctica de una manera demasiado restrictiva y que no se reproche fácilmente a los sindicatos el desbordar los límites de la acción estrictamente sindical. No obstante, puede temerse que, sobre todo a nivel de la empresa, los empresarios encuentren en el principio

de esta distinción argumentos bastantes para prohibir determinados medios de la acción sindical, com ocurre en Francia (cfr. **infra, C**).

C) Niveles de la acción sindical

Queda, por último, el problema del nivel o niveles de la acción sindical. Se da como supuesto en la mayoría de los países que la actividad de los sindicatos se desarrolla a todos los niveles de la vida económica: nacional, interprofesional y profesional (grandes ramas), regional y local (profesional e interprofesional), empresa e, incluso, centro de trabajo. La concertación con los sindicatos y la negociación colectiva se llevan a cabo en todos los niveles, e igual puede decirse de la acción reivindicativa directa.

El texto constitucional español no contiene ninguna disposición que excluya un determinado nivel. Sin embargo, es necesario hacer dos observaciones.

En primer lugar, ninguna disposición hace alusión al derecho de los sindicatos de organizarse y actuar en el **marco de la empresa** que, sin embargo, constituye el preferido de la acción sindical, allí donde se plantean de manera inmediata y concreta los problemas del trabajo, de las condiciones de trabajo y de las relaciones individuales y colectivas de trabajo. La experiencia francesa muestra que la inexistencia de disposiciones fundamentales que contengan al menos el principio de la acción sindical en la empresa han llevado a los tribunales durante más de tres cuartos de siglo a imponer una concepción muy restringida de la misma, relegando los sindicatos y los militantes sindicales a una situación de casi clandestinidad jurídica e, incluso, de hecho en las empresas. Ha habido que esperar a la ley de 27 de diciembre de 1968 para poder llevar a cabo públicamente la información sindical y el cobro de cuotas así como para que los delegados sindicales estuviesen protegidos contra medidas discriminatorias. Una norma constitucional, incluso general, estableciendo el principio de la presencia sindical en la empresa, podría compensar la neutralización sindical de ésta, aspecto que posiblemente será defendido con fuerza por el conjunto del empresario.

Además, es claro que a nivel de la empresa la posición de los sindicatos no puede valorarse exactamente más que teniendo en cuenta los medios reconocidos a los trabajadores para expresarse colectivamente, en especial a través de sus representantes (delegados de personal, comité de empresa o de trabajadores), en cuya organización y actividad los sindicatos tienen una función que desempeñar de hecho y de derecho.

En segundo lugar, resulta un poco sorprendente que la cooperación de los sindicatos prevista en el artículo 131 no lo sea más que con respecto a los proyectos de planificación (cfr. **supra**, A) y, sobre todo, solamente a nivel del Gobierno y no a nivel de la Administración local y de los **entes descentralizados.** Especialmente hay que señalar que no se le menciona —parece— en relación con las **comunidades autónomas.** No sería inútil

garantizar que los Estatutos de estas últimas previesen la consulta de los sindicatos e incluso la representación de éstos en determinados organismos consultivos. O bien la Constitución podría haber establecido el principio de esta concertación, principio a desarollar posteriormente por las normas emanadas de las comunidades autónomas.

Por otra parte, es importante conectar las disposiciones relativas al derecho sindical en sentido estricto con aquellas otras que se refieren a la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo y de las garantías sociales, puesto que los sindicatos constituyen un medio colectivo privilegiado para que los trabajadores ejerzan tales derechos.

IV

SISTEMA ECONOMICO Y RELACIONES DE TRABAJO

GIUSEPPE FEDERICO MANCINI
Catedrático Numerario de Derecho del Trabajo
Universidad de Bolonia

I. METODOLOGIA PARA EL ANALISIS

Los compañeros españoles me han invitado a realizar una triple reflexión: sobre el modelo económico que se delínea en el texto constitucional; sobre los principios con los cuales este último pretende informar al sistema de relaciones industriales (papel de los empresarios, de los trabajadores y del Estado); y sobre el margen de maniobra que las normas relativas permiten al movimiento obrero para la consolidación de sus posiciones.

Esta tarea que se me solicita es sumamente difícil por una serie de razones que sería inútil enumerar. La principal de ellas es el limitadísimo conocimiento que tengo de las realidades políticas, económicas y culturales subyacentes al texto constitucional, problema que no se resuelve con la simple lectura de un libro o de un periódico. La carencia de estos datos —lo saben bien los estudiosos del derecho comparado— hace que el texto de una ley sea mudo o que hable con voz débil, peor aún, puede hacer incurrir al observador en un engaño. Baste pensar en ciertos textos legales latinoamericanos que prometen el oro y el moro en cuanto a derechos sociales y libertades civiles, y que en realidad ocultan escuálidas y dramáticas situaciones de miseria y represión. Algo similar, por otra parte, se puede decir también del vecino Portugal, cuya realidad —como he podido constatar **de visu** el mes pasado— refleja bien poco, aún bajo el aspecto de la tensión moral y política, las garantías establecidas en una Constitución generosa, pero al mismo tiempo aventurera o tal vez miópe. Diversa es, naturalmente, la situación de España, si no por otra cosa, al menos porque la Constitución, como explicaré mejor más adelante, está muy lejos de prometer **lendemains qui chantent,** como decían los comunistas franceses en el tiempo del Frente Popular.

Para concretar al máximo la exposición he tratado de valorar el texto español a la luz de los puntos de referencia políticos e ideológicos comunes a toda el área europea-occidental y, naturalmente, de examinar las normas relevantes para nuestros fines en una constante confrontación con el ordenamiento y las experiencias que conozco mejor: las de mi país. No estoy seguro que, entre todos los métodos que en abstracto podían adoptarse, éste sea el más correcto; aún más, dudo que lo sea. Sin embargo, el mismo permite formular juicios claros y netos, que son los únicos que pueden estimular un debate profundo y ausente de preocupaciones diplomáticas, como —creo— es el que se intenta hacer en este simposio.

II. EL «MODELO ECONOMICO» EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Comenzamos con la «constitución económica», término con el cual nuestra doctrina más reciente se refiere a las normas constitucionales que contienen los principios aplicables a la propiedad y a la empresa. El primer elemento que salta a la vista tiene una naturaleza que podemos llamar topográfica. Todos sabemos que la propiedad es una institución del pasado y que la empresa —o sea la propiedad concebida no estática sino dinámicamente, la propiedad insertada en el proceso productivo— es una institución moderna: como diría Charles Bettelheim, una invención —o más bien la invención característica, conformadora— del capitalismo en la fase postmanufacturera. De conformidad con esto, las Constituciones contemporáneas tienden a atribuir a la empresa un puesto preeminente y reservan a la propiedad —entendida en sentido clásico— un espacio residual o, en todo caso, un espacio más restringido. Esta línea no viene aceptada por la Constitución española que se ocupa en primerísimo lugar de la propiedad, como si quisiera confirmarla en la posición central del sistema jurídico que le fue reconocida en la época de las grandes codificaciones civilistas.

Esta impresión (está bien decirlo claramente: de retraso, de apego a las concepciones tradicionales) parece confirmada por otro elemento, aún más importante. En el ámbito del capitalismo occidental, mientras permanece una fortísima hostilidad contra cualquier forma de control social de las actividades empresariales, son débiles los obstáculos que se oponen a un cambio de gestión de los poderes ligados al viejo tipo de propiedad: aquella agraria sobre todo, pero también, en épocas más recientes, la urbana. La razón de esto no es difícil de comprender: la propiedad estática, la institución del pasado, lejos como está del corazón del proceso productivo, puede muy bien abandonarse a las reformas de los innovadores (aún a las más osadas: en Francia, por ejemplo, se ha reconocido a los inquilinos un **droit de rachat**, o derecho de rescate), siempre y cuando quede salva la institución de la propiedad dinámica, la empresa, hacia la cual se trasfieren las defensas elaboradas en siglos de historia por la tradición privatista.

La Constitución española no hace suya esta filosofía que Keynes expresó sarcásticamente cuando —exaltada de modo lírico la iniciativa privada— sugirió la eutanasia de los rentistas. Por el contrario, la garantía

que el artículo 33 ofrece a la propiedad estática es fortísima. Se establece, es cierto, un derecho a la casa («a una vivienda digna y adecuada») pero falta el empeño para hacer accesible la propiedad a todos los ciudadanos (lugar común de un pensamiento no particularmente moderno, como lo es la escuela social católica) y la expropiación se condiciona, de manera singularmente enfática, a la presencia de «justas causas» como la utilidad pública y el interés social. Falta una norma paragonable al artículo 43 de la Constitución italiana, por virtud del cual el legislador está autorizado a reservar originariamente o a transferir no sólo a la Administración pública, como admite el artículo 128, 3, de la española, a comunidades de trabajadores y de usuarios, las empresas que tienen por objeto servicios públicos esenciales o fuentes de energía o que actúan en términos de monopolio; todavía más elocuente —porque postula la voluntad de proteger a una clase social tradicionalmente reaccionaria en toda la Europa meridional, y en particular aquí— es la falta de una norma similar a nuestro artículo 44 que impone a la propiedad agrícola una serie de obligaciones, vínculos y controles.

La norma fundamental en materia de empresa es el artículo 38. En él se proclama la libertad de empresa, la cual está sancionada en nuestro artículo 41. Existe sin embargo una diferencia fundamental entre estos dos preceptos: el artículo español contiene una referencia explícita, tendente a garantizar la economía de mercado y la «defensa de la productividad». Los límites que se establecen para el ejercicio de esta libertad se individualizan en las exigencias de la «economía general» y de la programación. No se dice, sin embargo, si esta última debe dirigirse a la realización de fines sociales, ni se requiere que la iniciativa privada se ejerza de conformidad con los principios de la utilidad social, o de tal manera que su ejercicio no vulnere la libertad, la seguridad y la dignidad humanas, es decir, la norma no presta atención a la existencia de dos distintos órdenes de valores que, aplicados en Italia directamente por numerosos jueces a una serie de poderes empresariales (en especial a la facultad de despedir) han tenido una notable incidencia práctica.

El mayor y más concreto de los límites que se imponen a la libertad de empresa se encuentra, si acaso, en otra norma: el artículo 40 que, como nuestro artículo 4, impone a los poderes públicos el deber de promover las condiciones necesarias para lograr una situación de pleno empleo. Resulta, sin embargo, significativo que la acción legislativa, judicial y administrativa necesaria para lograr este fin, encuentre a su vez un límite en la salvaguardia de la «estabilidad económica» y que el derecho al trabajo, a cuya actuación esta norma se dirije, se ponga, en el artículo 35, después del deber de trabajar. La referencia a la «estabilidad económica» recuerda inevitablemente el comentario de Marx a la Carta de la Segunda República Francesa («cada artículo de la Constitución —decía— contiene en sí mismo su propia antítesis: en el primer párrafo la proclamación de la libertad, en el segundo su revocación»); la posposición del derecho al deber es un signo de la opción de fondo en la cual el texto constitucional se inspira. De hecho, como anteriormente ya he tenido ocasión de escribir,

la garantía del derecho al trabajo tiene una matriz de izquierda y una resonancia emotiva de signo radical, conserva un principio de polémica en contra del orden económico vigente. Por el contrario, el deber de trabajar está en el centro de las ideologías generadas por el capitalismo en el curso de su historia, desde el calvinismo hasta el más reciente pensamiento postkeynesiano.

Otro dato de notable interés es la insuficiente garantía de la democratización de la empresa a través del establecimiento de formas de control o de la institución de la cogestión., salvo el genérico y ambiguo artículo 129, 1. Ello es «impactante», ya que la democracia industrial es, en Europa, la nueva frontera tanto de los partidos socialdemócratas como de las fuerzas neo-liberales (¿es necesario recordar a Giscard y el Informe Sudreau?); e incluso entre los conservadores más lúcidos, hay quien ve en ella un instrumento susceptible de ser utilizado para contener una crisis de legitimidad del sistema que comienza a manifestarse con formas nuevas e inquietantes que van desde el absentismo hasta las huelgas salvajes.

La conclusión que se extrae de este conjunto de observaciones me parece evidente: la filosofía económico-social es en buena parte paleoliberal. En ciertos aspectos ésta parece adoptar una fisonomía moderna, caso del ya citado «derecho a la vivienda» y de las normas relativas a la protección del medio ambiente, de los consumidores, de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, y de la tercera edad, es decir, de los intereses no organizados y que carecen de representante y que, por lo mismo, como observa Claus Offe en un libro famoso (**Lo Sstato nel capitalismo maturo**), integran los intereses no conflictivos; sin embargo, estos retoques modernizantes no logran oscurecer la opción de fondo que es clara y definitivamente conservadora. Es cierto que el mercado es actualmente revalorizado por todos, incluso por el pensamiento socialista que lo considera compatible y aún funcional para el logro de los objetivos del plan; sin embargo, los socialistas quieren un mercado liberado de los vínculos que lo sujetan a los intereses de las potencias privadas y en el cual participen otros operadores económicos —el Estado, las empresas cooperativas, autogestionadas y socializadas— que actúen con criterios diversos; sin pretender tanto, otras corrientes intermedias asignan al Estado un papel central en la doble función de programador y de empresario, o incluso llegan, como en el caso de la Constitución italiana, a asignar tales funciones a grupos de trabajadores y de usuarios.

La Constitución española plantea, en cambio, un tipo de mercado en el cual algunos de los sujetos mencionados no tienen ni siquiera el derecho de participar; otros pueden hacerlo, pero ocupando una posición marginal y subordinada, privados —aún en el caso del Estado— de auténticos poderes de intervención, de control y de orientación. La tarea fundamental del Estado es proteger a las empresas privadas, garantizándoles —como en la edad de oro del capitalismo— el buen funcionamiento, e incluso, por lo que se puede ver, el nivel de operatividad. De frente a esta obligación estatal, no se establecen empeños suficientemente incisivos que

vinculen a las empresas a utilizar los recursos y a limitar la búsqueda de ganancias con el objeto de obtener los resultados más convenientes para la sociedad en su conjunto. Derrotada o, al menos, debilitada en el resto de Europa, la resistencia contra el control público de la actividad económica privada, ha obtenido en España una clara victoria.

III. EL MODELO DE RELACIONES INDUSTRIALES

Pasamos ahora al modelo de relaciones industriales delineado en la Constitución, examinando las normas que regulan los fenómenos de organización, negociación colectiva y conflicto, sin olvidar las garantías establecidas en tutela de los trabajadores individualmente considerados.

Por lo que respecta a la organización sindical existen dos disposiciones. La primera —el artículo 7— individualiza el objeto de las organizaciones obreras y empresariales, identificándolo con «la defensa de los intereses económicos y sociales». Digo de inmediato que ésta es una norma incongruente, peligrosa y, en todo caso, indicadora de una concepción tacañamente corporativa de la democracia. Es evidente que el legislador democrático tiene derecho a trazar una línea divisoria entre los sindicatos y los partidos políticos y que, normalmente, esta línea será trazada poniendo instrumentos distintos a disposición de estos dos tipos de agrupaciones (la autotutela directa de los trabajadores en un caso, una acción que se ejerce a nivel electoral y parlamentario en el otro). Dudo, en cambio, que lícitamente ese mismo legislador pueda introducir una frontera entre lo sindical y lo político. Hacerlo equivaldría a borrar siglo y medio de experiencias prácticas y de elaboración teórica realizadas en todo el mundo occidental; expondría al legislador a ser acusado de veleidad si, haciendo a un lado a los partidos, el sindicato llegase a imponerse como interlocutor directo del Gobierno; o se legitimaría, para evitar esto último, una actividad normativa o administrativa vejatoria que, a la larga, resultaría contraproducente.

El artículo 28, primer párrafo, reconoce la libertad sindical; sin embargo, como demuestran las sucesivas especificaciones de contenido de ésta, evidentemente tomadas de las convenciones de la OIT, la garantía se refiere únicamente a la asociación sindical, a diferencia de otras Constituciones, como la italiana y, en modo aún más explícito, la portuguesa, que garantizan otras formas de organización obrera además de ésa, desde aquellas precarias (como los comités espontáneos de agitación) hasta aquellas otras que cumplen funciones permanentes de contrapoder (como las comisiones electivas de fábricas o de zona). Bastante grave, por lo demás, es la posibilidad que la norma ofrece al legislador de limitar o de excluir del derecho de asociarse en sindicato «a determinadas categorías de servidores del Estado». Recuerdo una reserva similar que existe en Italia, pero sólo en relación con el derecho de inscribirse a los partidos políticos y, por otro lado, que la sindicalización de la magistratura y de la policía ha influido en el comportamiento de estos

cuerpos, abriéndolos en alguna medida a las demandas de bienestar y de participación surgidas en nuestra sociedad a partir de 1968.

Sobre la negociación colectiva no hay mucho que decir. De ella se ocupa el artículo 37 en términos sobrios y políticamente adecuados: como es correcto y, por demás, como sucede en la mayor parte de los países industrializados, la facultad de decidir si, y en qué medida, se atribuye a los convenios fuerza vinculante para la entera categoría, queda reservada al legislador ordinario. Sobre este punto la superioridad del texto español respecto a la Constitución italiana con su artículo 39, ideológicamente ambiguo y técnicamente casi inactuable, queda definitivamente fuera de discusión.

Al examinar las normas en materia de conflicto regresamos a valoraciones sustancialmente negativas. Dejemos pasar, por lo que se refiere a la huelga, el límite relativo a los servicios públicos. Alguno distinguirá en el mismo el signo de una voluntad antiliberal o autoritaria; la experiencia que hemos tenido en Italia me convence de lo contrario. El interés prevalente en esta materia es, sin duda, el de los usuarios de la controversia que atenúen o excluyan la lucha. Además, la huelga ilimitada en los servicios públicos provoca reacciones que tienden a reflejarse sobre el fenómeno de la huelga en general con lo cual se corre el riesgo de provocar posiciones de hostilidad de amplios estratos de la población en contra del movimiento. No es éste, pues, el aspecto inaceptable del artículo 28, 2; su aspecto negativo por lo menos si se toma como criterio de juicio la deseabilidad de una disciplina que vaya más allá de los confines del liberalismo clásico, está contenido en la «partícula legis» que circunscribe el derecho de huelga a «la defensa de los intereses de los trabajadores». La fórmula usada, como es obvio, recuerda aquélla del artículo 7 y parece excluir del área del conflicto lícito a la huelga política. Como ya intuía en su época Piero Calamandrei, el hecho de considerar como derecho a este tipo de huelga equivale a reconocer que los mecanismos de la democracia representativa no son suficientes para traducir a nivel político las reivindicaciones de las clases sociales subalternas; y, si esto es cierto, se comprende la victoria que representa para las fuerzas conservadoras la introducción de un límite de este tipo.

Otra victoria importantísima han conseguido los conservadores con la posible legitimación de un fenómeno —el cierre patronal— que las Constituciones italiana y francesa ignoran y la Constitución portuguesa prohíbe explícitamente. Importante sí, pero también ilógica es esta victoria, y esto último hace todavía más justificadas las reacciones que el 2.° párrafo del artículo 37 ha provocado en la izquierda española. De hecho, proclamando la licitud civil de la huelga el ordenamiento coloca a los trabajadores subordinados fuera de las reglas del derecho común, es decir, les concede un privilegio en el sentido técnico de la palabra, con el objeto de contrabalancear la mayor fuerza de su contraparte. Pues bien, esta función del derecho de huelga se anula, o al menos queda gravemente comprometida, al reconocer a los empresarios el derecho al paro patronal. En la práctica el paro patronal, nueve veces sobre diez, es un

instrumento de represalia contra la huelga; en consecuencia, legitimándolo el ordenamiento se contradice ya que permite penalizar un acto declarado contractualmente lícito. Y agreguemos a esto que el ejercicio del cierre en respuesta a la proclamación de una huelga, perjudica, de manera del todo injusta, a los trabajadores que no pretenden adherirse a ella.

Mi impresión es que la «igualdad de las armas» (**Waffengleichheit** en el idioma de la doctrina que más la exalta) responde a la lógica de ordenamientos —como los anglosajones— en los cuales las medidas de conflicto se configuran como meras libertades, es decir, son lícitas en el terreno penal, mas no así en el terreno civil. Este mismo principio da lugar, en cambio, a consecuencias inicuas y a graves incoherencias político-jurídicas cuando el derecho común cede el paso a la atribución de privilegios. Pero sería oportuno preguntarse si la Constitución española realiza efectivamente una auténtica igualdad. De hecho, al igual que la huelga, el paro patronal no puede afectar los servicios esenciales de la colectividad; sin embargo, el otro límite, el más importante, esto es, aquél por virtud del cual se establece que la huelga sólo puede realizarse para la defensa de los intereses profesionales, no está presente en el caso del cierre. Puede ser que se considere que el mismo deriva de la colocación de la norma o que venga fijado indirectamente por el artículo 7; sin embargo la falta de un paralelismo explícito es alarmante.

Sólo una breve referencia a los derechos individuales; examinándolos en el marco de la Constitución italiana Massimo Severo Giannini los catalogó en dos grandes categorías: colocó en la primera aquéllos que se dirigen a asegurar las condiciones mínimas de empleo para los trabajadores (remuneración suficiente, limitación de la jornada de trabajo, paridad salarial entre hombre y mujer, estabilidad en el trabajo, etc.); en la segunda colocó, en cambio, aquéllos que permiten efectuar una vasta obra de protección social en favor de los mismos sujetos, por parte de los poderes públicos (pleno empleo, formación profesional, seguridad y asistencia sociales, etc.). Todas estas garantías las encontramos en el texto de la Constitución española distribuidas entre los artículos 35, 40, 41, 42, 43, 49 y 50, y tienen, a grosso modo, la misma fuerza y amplitud que las nuestras. Para garantizar el goce efectivo de otros derechos —las llamadas libertades civiles— debería funcionar el Estatuto de los trabajadores prometido en el segundo párrafo del artículo 35. Por otra parte, el ordenamiento español contiene ya una norma —el artículo 8 del Decreto de Garantías— que, aún dotada de efectividad limitada y, en su conjunto más débil, recuerda la disposición clave del Estatuto italiano —el artículo 28— por lo que la ley, si llega a tener el contenido a que me he referido, deberá poder nacer de manera menos traumática aquí que en la Italia de 1970. Regresaré sobre este punto al final de mi charla.

IV. LA CORRELACION DE LOS MODELOS «ECONOMICO» E «INDUSTRIAL»

Probemos ahora a relacionar entre sí las observaciones que me han sugerido el examen del modelo económico y del modelo de relaciones industriales subyacentes en la Constitución española. La exposición resultará tal vez más clara partiendo de la Constitución italiana. Esta última se inspira, como ya he dicho, en una filosofía económica avanzada pero compatible con el desarrollo de un sistema capitalista maduro; a esto agrego que esta filosofía toma cuerpo en una disciplina abierta y dialéctica de las relaciones entre el capital y el trabajo. La presencia de poderosas fuerzas anticapitalistas en la Asamblea Constituyente provocó que se reservase un espacio por demás amplio a los intereses de las clases sociales subalternas y que les fuese reconocida claramente una naturaleza antagónica; esto queda demostrado con la insólita y valiosísima amplitud de las garantías que tienen por objeto la autotutela obrera en lo referido a la organización y a la lucha.

El primer párrafo del artículo 39 contiene, por ejemplo, un principio por demás fuerte: garantiza, como observé antes, cualquier forma de representación obrera, sea cual sea la opción organizativa adoptada por los trabajadores en el ejercicio de su autonomía decisoria. Además, la misma norma sustrae a los sindicatos de cualquier tipo de injerencia estatal en cuanto a la identificación de las categorías profesionales en cuyo interés ellos operan. Por su parte, el artículo 40 legitima, como reconoció en el 74 el Tribunal Constitucional, la huelga política. Es cierto que estos principios son seguidos de normas programáticas que autorizan al legislador ordinario a manipularlos reduciéndoles fuerza (también para la Constitución italiana vale la observación de Marx sobre el primer párrafo que concede una libertad y el segundo que la revoca); pero la contradicción entre estos principios y las sucesivas **normas-boomerang** —con las cuales la derecha contaba para tomarse la revancha por las derrotas sufridas en la Asamblea— es evidente; en los años 50 en los que la tentativa de instaurar en Italia un sistema de democracia «protegida» fue más fuerte, el movimiento sindical aprovechó con energía y habilidad esas contradicciones para evitar el desarrollo de instituciones que habrían podido frenar o debilitar su acción.

Sumamente diversa es la situación que se presenta en España. La constitución económica elaborada no sólo contiene un modelo más atrasado que el italiano en cuanto se refiere a la relación entre plan y mercado y a la configuración de los sujetos que actúan en el mercado contiene también un modelo más compacto, más cerrado, más totalizante. El espacio que deja a la organización de los trabajadores y al conflicto social es más angosto y se ve evidente el esfuerzo por cristalizar a la primera y al segundo en un papel bien definido, de tipo sustancialmente corporativo, otorgando al mismo tiempo armas a la contraparte misma, que posee ya armas suficientes y que —recordando también el primer párrafo del artículo 37— es mucho más inmune que su correspondiente italiana a las presiones moderadoras o intimidadoras de los poderes públicos.

Los dos puntos que califican al sistema me parecen precisamente la imposición de un horizonte sectorial a la actividad de los sindicatos —la tutela de los intereses económicos de los inscritos— y el reconocimiento del derecho al paro patronal, sin subestimar tampoco, por supuesto, la falta de garantías para los estructuras organizativas de carácter no asociativo, lo cual podría legitimar su represión si, como sucede en las épocas de fuerte tensión social, la base las constituyese espontáneamente.

El cuadro en conjunto puede corresponder, en definitiva, al de un ordenamiento que mira al sindicato no como el núcleo activo o como la expresión de la autoconciencia de la clase obrera, sino como la representación orgánica de la fuerza de trabajo asociada; y al conflicto, no como la expresión natural de un antagonismo irreconciliable, sino en el mejor de los casos, como un estimulante del letargo social. La influencia de la cultura industrial, de la praxis política y de la jurisprudencia alemana (aún a nivel ligüístico: ¿«medidas de conflicto» no es la traducción literal de **Kampfmassnahmen**?) no podría ser más evidente. El ideal que la Constitución parece proponerse es la **formierte Gesellschaft** que el canciller Ehrard teorizó hacia el final de los años 60: una sociedad «racional», privada de tensiones irreductibles y empeñada con todos sus componentes en la prosecución de un desarrollo sin fin.

Si es así como están las cosas, no se comprende qué papel pueda jugar una norma como la del artículo 9, 2.º párrafo, que garantiza una igualdad sustancial con palabras que parecen tomadas tal cual del artículo 3 de la Constitución italiana («remover los obstáculos que impidan o dificulten... la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»). Como ustedes saben, la parte más seria de nuestra doctrina ha afirmado siempre que el artículo 3 abre una profunda antinomia en el cuerpo de la Constitución porque no es posible lógicamente prometer la igualdad y, al mismo tiempo, proclamar derechos cuyo ejercicio genera desigualdad —como la propiedad, la iniciativa privada, etc.— aunque, como en nuestro caso, se les circunde de límites y contrapoderes. Es así como el católico Pietro Rescigno ha podido escribir que, con el artículo 3, «la experiencia histórica liberaldemocrática de la cual nació la Constitución casi reniega de sí misma» (aquí el «casi» es sólo un extremo homenaje al fetiche del legislador coherente); el socialista Lelio Basso ha podido agregar que el artículo 3 «desmiente todas las afirmaciones de la Constitución que dan por realizado lo que aún queda por realizar»; y el comunista Umberto Romagnoli ha podido concluir que gracias al artículo 3 «los ciudadanos italianos tienen una Constitución sincera».

Reconocido lo anterior, es necesario observar también, sin embargo, que esa contradicción no excluye algunas convergencias y algunos nexos. El artículo 3 no tiene delante o más bien, en contra de sí a todo el resto de la Constitución italiana; existen otros artículos que presentan un alto grado de homogeneidad respecto de él, por ejemplo, los ya citados artículos 39 y 40 en la medida en que reconocen la natural función anticapitalista de la clase obrera; el artículo 43 con su evidente inspiración

autogestionaria; el artículo 49 que, exaltando el papel de los partidos políticos, trasciende los límites del liberalismo individualista. En conclusión, si es cierto que el artículo 3 no se coloca en la cúspide de un diseño armónico (como sostiene la doctrina más sensible a las sugerencias del interclasismo), es cierto también que la condena que pronuncia respecto del orden social capitalista y la praxis de emancipación que promete encuentran otros puntos de referencia y disponen de muchos y agudos instrumentos. En suma, como ya escribí, en la Constitución italiana hay un «núcleo rojo» y el artículo 3 solamente es su punta de diamante.

¿Y en España? Si el análisis que he hecho es correcto, falta un conjunto normativo de alguna manera homogéneo o instrumental para hacer efectivo el principio de la igualdad sustancial; hay escasos vehículos que permitan introducir elementos de socialismo en el sistema (arts. 128, 129, 131), en otras palabras, una enramada de preceptos que legitimen reformas inspiradas en una lógica anticapitalista, aun cuando sean tales —como diría el socialista francés André Gorz— de «no llegar de golpe hasta el fondo de esta lógica». Dada la sucesiva regulación del sindicato y de la huelga que se hace, no se puede decir del artículo 9 lo mismo que se dice de nuestro artículo 3, esto es, no se puede decir que postula y exige una valoración de las fuerzas que, por su colocación de clase, son hostiles al orden económico vigente. Siendo así, el artículo 9 no es un signo de contradicción, es un cosmético; su presencia no hace sincera a la Constitución, la hace mentirosa.

V. MOVIMIENTO OBRERO Y CONSTITUCION

Llegamos así al último de los puntos que los compañeros españoles me pidieron tratar, esto es, cuál es el margen de maniobra que el movimiento obrero posee y cuál podría ser el camino para lograr la consolidación de sus posiciones en el marco global de la Constitución. Pues bien, permítanme los compañeros desarrollar mi respuesta partiendo de una observación que reduce la importancia del problema. El derecho es ciertamente uno de los factores que condicionan la acción del movimiento obrero; sin embargo, no es el más importante. Otros elementos de carácter estructural o superestructural son muchísimo más importantes: desde las relaciones de fuerza entre los grandes grupos políticos hasta el estado de salud del sistema económico, desde el nivel cultural de la sociedad y de las clases en las que ésta se articula hasta las tradiciones y la ideología de las contrapartes sociales. Una vez más trataré de hacerles claro mi pensamiento sirviéndome del ejemplo italiano.

Nuestra Constitución, como ya he dicho, es una de las más avanzadas del mundo occidental; era sin duda la más avanzada antes de que, escrita entre claveles rojos, conociera la luz la del Portugal. No obstante ello, durante los primeros quince años de su vida las cláusulas de emancipación social que contiene permanecieron congeladas y las de emancipa-

ción política fueron drásticamente reducidas; los órganos destinados a renovar la estructura del Estado quedaron como letra muerta y se mantuvo en vida todo lo que del sistema precedente pudiera servir para el control de la sociedad. La víctima principal de este modo —al mismo tiempo manipulador y coercitivo— de ejercer el poder, la clase a la cual en las fábricas y en general en el país se trató de imponer la conformidad con las reglas de comportamiento queridas por el régimen, fue naturalmente la clase obrera.

En el 63 las relaciones de fuerza que habían llevado a esta situación cambiaron profundamente; el Partido Socialista llegó al gobierno, la expansión del sistema económico parecía no tener fin, el pleno empleo fue prácticamente alcanzado. Por algunos años —que hoy llamamos los «años del gran optimismo»— las victorias electorales de la izquierda, la creciente demanda popular de participación y el formidable dinamismo del movimiento sindical nos hicieron creer que se había iniciado un proceso histórico de transformación socialista. Muchos de nosotros (yo entre ellos) formulamos una serie de hipótesis sobre los contenidos del nuevo derecho que, a partir del Estatuto de los trabajadores y de las conquistas contractuales de los primeros años 70, habría sancionado los cambios surgidos y surgientes en nuestra sociedad; pero fue una ilusión que duró poco. No quiero decir con esto que las cosas estén ya hechas, esto es, que las fuerzas conservadoras hayan ya vencido; quiero decir que ahora el camino se presenta mucho más difícil, largo y contradictorio de cuanto habríamos pensado, y quiero decir también que en esta fase nos estamos batiendo en retirada.

Hace un mes y medio Luciano Lama, el secretario general de la CGIL, pronunció una frase con la que se define lo que está sucediendo mucho más claramente que con un largo discurso: «los compañeros que se yerguen como celosos custodios de ciertas conquistas como si tuvieran que conservar un tesoro dentro de un cofre —dijo—, no se acuerdan de montar guardia delante de un montón de cenizas». En el montón de cenizas se encuentran, sobre todo, las garantías individuales obtenidas con el Estatuto y con los convenios y también una buena parte del poder que el sidicato se había construido en las fábricas desde el 1969. Es un giro dramático; pero que nada tiene que ver con fenómenos de alguna forma relevantes en el mundo del derecho; las leyes y los convenios se conservan íntegros; no ha habido ninguna abrogación; por el contrario, ha habido ulteriores medidas protectoras, sobre todo en lo que se refiere al mercado de trabajo, e importantes adquisiciones contractuales, en la realidad ampliamente inactuadas, en lo que se refiere al control de las inversiones.

El hecho nuevo y determinante se encuentra en otra parte; se encuentra en la crisis económica y en las modificaciones políticas y psicológicas que ella ha producido. Miremos la realidad con los ojos abiertos: es la expansión del sistema lo que legitima una acción sindical agresiva. Mientras hay progreso, el comportamiento conflictual, la contestación permanente de las prerrogativas empresariales, la presión continua ejercida

sobre una frontera definida como movible determinan nuevas y más elevadas relaciones entre los factores de la producción; cuando el sistema entra en crisis, cuando una política de tipo keynesiano se transforma de factor de desarrollo en factor de desestabilización, la conveniencia de esos comportamientos viene a menos; para decirlo a la manera del viejo líder comunista Giorgi Amendola, el «respeto a la economía», el deber de limitar los propios objetivos de acuerdo con «las cuentas de la Nación» son condicionantes de la sobrevivencia misma del sindicato.

El papel del derecho viene entonces redimensionado. Esto no significa que se ponga en duda su capacidad para influir sobre los presupuestos y contenidos de la actividad sindical, sea como factor de apoyo o sea como «obstáculo al cambio social» —para usar el título de un libro escrito significativamente por un jurista chileno, Eduardo Novoa, después de la tragedia de su país. No hay duda, volviendo a Italia, que el conservadurismo de la «clase» jurídica contribuyó notablemente para el congelamiento de la Constitución en los años 50; ni hay duda tampoco de que la emanación del Estatuto y el movimiento hacia la izquierda de numerosos jueces en la segunda mitad de los años 60 hayan reforzado la presencia sindical en las fábricas. Como éstos, los ejemplos podrían multiplicarse casi hasta el infinito.

Como se ha podido ver, cuando hablo del «derecho» no me refiero solamente a las normas escritas, sustantivas o procesales; si así lo hiciese pecaría de abstracción y sería acusado de estar todavía inmerso en el largo sueño dogmático que fue característico de nuestra escuela; me refiero también al cuerpo o a los cuerpos de técnicos —magistrados, abogados, juristas— que presiden la actuación de las normas. Esta última variable en la España de hoy, yo no la conozco. Cuando mucho, puedo imaginar que habrán surgido corrientes progresistas en la doctrina y en la jurisprudencia, pero que sin duda serán fuertemente minoritarias. Como algunos de mis amigos sevillanos pronosticaban hace tres años, el «cambio político», si bien sorprendentemente rápido, ha terminado por desenvolverse «dentro de un orden»; y en estas situaciones —pienso en la Italia de 1945— los factores de continuidad tienden a prevalecer sobre los de ruptura.

Ahora bien, si esta impresión es exacta, es extremadamente improbable que en las normas constitucionales, así como están hoy estructuradas, el movimiento obrero encuentre un elemento promotor; es mucho más probable la hipótesis contraria, es decir, que en sede de actuación legislativa y de interpretación jurisprudencial los valores paleo-liberales en los cuales esas normas se inspiran expresen lo que en ellas hay de más peligroso. Es notorio que el liberalismo ha tenido históricamente una posición ambivalente hacia las organizaciones de trabajadores y hacia los conflictos de trabajo: por un lado, una posición de neutralidad y de reserva, por el otro, una de represión que privilegia el mantenimiento de un orden público concebido como paz social o, peor aún, como pleno ritmo productivo. Yo temo que en las actuales condiciones de España, la clase jurídica pueda favorecer el desarrollo de esta segunda potencialidad.

¿Qué hacer a este punto? Hace algunos años, a una pregunta del género numerosos juristas italianos de izquierda habrían respondido sugiriendo la vía del «uso alternativo del derecho»; en la actualidad dudo que estén todavía dispuestos a hacerlo. Las experiencias que por esa vía hemos realizado nos han convencido de que tiene escasas perspectivas, ya que se basa sobre una alianza entre el movimiento obrero y un sector minoritario de magistrados, que es políticamente incongruente y por naturaleza frágil y sujeta a rupturas frustrantes para la una y para la otra parte. Por lo demás, sus resultados son normalmente poco creíbles en el plano técnico y, en todo caso, transitorios, más parecidos a golpes de mano guerrilleros que a acciones destinadas a ocupar un territorio y a defenderlo de los contraataques del adversario.

El camino es, pues, otro; consiste, a mi juicio, en evitar que la organización y la actividad sindical sean objeto de una densa y rígida disciplina jurídica. Lo ideal sería la ausencia del derecho; la opción subordinada es la menor cantidad posible de derecho, prefiriendo aquél que sea pobre de contenidos imperativos. En concreto, yo lucharía en contra de una ley reglamentaria del primer párrafo del artículo 28 de la Constitución, pues podría fosilizar la organización del movimiento de manera de hacerla inadecuada para recibir las eventuales demandas obreras de estructuras alternativas, y bloquear la penetración del sindicalismo en los aparatos coercitivos del Estado (policía, fuerzas armadas, magistratura). Haría además todo lo posible para que el segundo párrafo de ese mismo artículo quedase como letra muerta; a este fin me permito sugerir un argumento y un método: el argumento es que para funcionar, una ley limitadora de la huelga necesita de un consenso; si éste falta —como demuestran los ejemplos de Italia en 1943-1944 y de Inglaterra en 1971— ninguna ley, por más dura que sea, será respetada; el método consiste en demostrar que esa ley sería no sólo ineficaz, sino superflua; para hacerla aparecer así es necesario que el movimieno se introduzca en el terreno de la autodisciplina elaborando un riguroso código de conducta. En el peor de los casos, yo me empeñaría en lograr que la ley se limite a contener ese código agregándole un conjunto de sanciones meramente civiles o administrativas.

Por el contrario, podría ser útil un buen Estatuto de los trabajadores; pero, para que sea bueno, sería oportuno concebirlo más como una legislación de apoyo al sindicato que como una carta de garantías individuales. La proclamación de algunas garantías (libertad de opinión, igualdad de trato, etc.) es oportuna pero, por regla general, es mejor que sea el sindicato quien provea a la defensa de los trabajadores individualmente considerados, tanto en el plano patrimonial coom en el plano de los derechos civiles, ya que el sindicato es responsable, está dotado de «memoria» colectiva y es capaz de calcular los costos y las ventajas de la laceración que el uso del instrumento judicial provoca inevitablemente en el tejido de las relaciones políticas y humanas que componen la vida de la empresa. Actuar de distinta manera provoca el riesgo de multiplicar estas laceraciones y de excederse en la rigidez del empleo de la fuerza de trabajo;

no olvidemos que la rigidez es sólo un medio para limitar el arbitrio patronal y que puede tener consecuencias desastrosas si se entiende como un fin en sí misma.

VI. FINAL

Queridos y estimados compañeros, hace dos años concluí el prólogo que Federico Durán me pidió escribir para su brillante libro sobre «La acción sindical en la empresa», con un homenaje a España: «un viejo país —dije— que tiene jóvenes palabras que decir a Europa». Muchas palabras del texto constitucional no son jóvenes, son viejas; en ellas no existe fe en el futuro sino miedo y resquemor. Sin embargo, como dicen los ingleses, «las palabras son blandas y los hechos duros»; entre los hechos duros de la España de hoy están ustedes, el partido, el sindicato, la cultura que ustedes representan. Si se quiere detener la historia, ustedes quieren acelerar su paso. Con la admiración y —permítanmelo— con la envidia que un socialista italiano no puede dejar de sentir hacia sus compañeros españoles, yo pienso que al final de este desafío ustedes obtendrán la mejor parte.

V

NEGOCIACION COLECTIVA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

GINO GIUGNI
Catedrático Numerario de Derecho del Trabajo
Universidad de Roma

I. LA NEGOCIACION COLECTIVA EN LAS CONSTITUCIONES CONTEMPORANEAS

El tema que he sido invitado a desarrollar es el de la situación de la negociación colectiva en el ordenamiento constitucional.

Un examen de las principales constituciones de los países con libertad sindical nos llevará a constatar que la negociación colectiva ocupa en realidad un espacio limitado en el conjunto de las normas constitucionales. Es sin duda más frecuente, y ya tendencialmente generalizado, el reconocimiento de la libertad sindical y de la naturaleza jurídica de los sindicatos.

Se vuelve a encontrar hoy en las constituciones más modernas (y en esto es útil recordar el importante precedente de la Constitución Mexicana de Queretaro, 1917) el reconocimiento del derecho de huelga, a veces en términos genéricos y a veces con un principio de reglamentación. Menor es, en cambio, la atención de las constituciones hacia la negociación colectiva. Esta constatación es muy interesante, pero antes de preguntarnos si existe una razón para que esto sea así, es oportuno desarrollar un breve panorama comparativo; y encontramos entonces que:

— La ya recordada Constitución Mexicana en el famoso y extenso artículo 123 prevé la resolución de los conflictos de trabajo (parágrafo 20) a través de una decisión de la junta de conciliación y arbitraje; el convenio colectivo fue reglamentado por leyes sucesivas pero no es ni siquiera mencionado por la Constitución.

— El preámbulo de la Constitución Francesa de 1946 va más allá, pero no demasiado, porque afirma que cada trabajador participa por intermedio de sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo así como en la gestión de la empresa.

— La Constitución de Weimar, por su parte, contenía el derecho de organización de los empresarios y de los trabajadores, agregando que los contratos por ellos estipulados son jurídicamente reconocidos. No es este el caso de la **Grundgesetz** de Bonn que garantiza la libertad de coalición, pero no la libertad de huelga y ni siquiera habla de los contratos colectivos, aunque los presupone cuando confía a los sindicatos la tarea de garantizar y mejorar las condiciones laborales y económicas.

El caso de Italia se examinará después, no sólo por el obviamente mayor conocimiento del autor, sino porque en la opinión del mismo, es particularmente significativo y puede suministrar una clave interpretativa.

Pasemos entonces a textos más recientes, como el de la actual Constitución Portuguesa que seguramente es bien conocida por este auditorio; ella se caracteriza sobre todo por el amplio reconocimeno dado al derecho de huelga y la expresa prohibición del **lock-out**. En este sentido tal vez se la pueda considerar única.

Con respecto a la negociación colectiva adopta la siguiente fórmula: «... Compete a las asociaciones sindicales ejercer el derecho de negociación colectiva; la ley establece las reglas que se refieren a la competencia para la celebración de los convenios colectivos de trabajo, así como la eficacia de las normas respectivas». Es oportuno observar que el artículo 37, 1, de la Constitución Española de 1978 no es muy diferente y si bien es más adelantado que el artículo 38 de la Constitución republicana de 1931, que previó solamente el derecho de sindicalización. En efecto, el artículo 37 afirma que «la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios». Hay una diferencia, sin embargo. El texto español no habla de la competencia, como la Constitución Portuguesa, sino sólo de la «fuerza vinculante». ¿Tiene esta expresión el mismo significado que «eficacia»? Trataremos de contestar a ello más adelante. Ahora es suficiente señalar que las dos soluciones constitucionales adoptadas, si bien son significativas bajo el aspecto del explícito reconocimiento de la negociación colectiva, son, en sustancia, de reenvío a la ley ordinaria.

II. RECONOCIMIENTO FORMAL Y GARANTIA REAL DE LA NEGOCIACION COLECTIVA

Una primera consideración puede ser la siguiente: para algunas Constituciones el silencio sobre la negociación colectiva es una consecuencia del hecho que la misma, en el momento de la promulgación de la Constitución, no había aparecido aún en el horizonte de las relaciones sociales, o lo había hecho con una importancia limitada. Obviamente nadie puede esperar el reconocimiento de la negociación colectiva en la Constitución Americana y sabemos que la verdadera fuente, la verdadera Constitución en materia sindical y negocial, es la **Wagner Act**, de 1935, o sea, una ley ordinaria. Pero, ¿cómo otros campos de experiencias se ofrecían a los autores de la Constitución Mexicana en una época en que, incluso en

Europa, el eje conductor del fenómeno sindical era aún en muchos países la organización y la huelga pero no la negociación? Ni siquiera en un país como Francia, de alto desarrollo civil e industrial, existía una real tradición de negociación colectiva. No podemos olvidar, además, que en 1946, cuando se promulgó la Constitución Francesa, estaba en vigor una política de control salarial.

Por último, es casi superfluo observar que la Constitución de Bonn (por ser promulgada en condiciones de aparente provisionalidad política) queda extremadamente reducida a lo esencial y en efecto no lleva ni siquiera el nombre de Constitución y en cambio sí el de Ley Fundamental.

Otra consideración que puede ser indicativa de una línea tendencial es que justamente en las Constituciones de los países en transición desde la dictadura fascista a la democracia, es donde más explícitamente se afirma el reconocimiento de la negociación colectiva. ¿Cuál es la razón de ello? En realidad no se trata de países que habiendo salido de la oscuridad se encuentran en condiciones análogas a aquéllos en los cuales la libertad sindical y la actividad contractual (como ha sido el caso de México) están en una fase de despegue. En rigor es cierto lo contrario. Una constante de los regímenes fascistas en política, y corporativos en economía, es justamente la de haber expropiado la libertad sindical y las huelgas, pero también haberse apropiado de la negociación como instrumento de reglamentación de la relación laboral, confiando por supuesto los poderes respectivos al sindicato del régimen. Esto pone de manifiesto que no es posible salir de un sistema corporativo sin recalificar la negociación colectiva en el ámbito de los principios del nuevo régimen; es justamente por esto por lo que Italia, Portugal y España se encuentran en el plano constitucional en un mismo nivel.

Las democracias postfascistas sienten la necesidad de definir un nuevo rol de la negociación colectiva en el recuperado sistema de libertad sindical.

Podríamos decir que la **Wagner Act** o los acuerdos básicos suecos de 1936, así como la ley sobre la calidad de la vida, también promulgada en Suecia en 1976, se aproximan más a una verdadera «constitución de la negociación colectiva» que los sintéticos reconocimientos de principios contenidos en las constituciones examinadas.

III. LA NEGOCIACION COLECTIVA EN LA CONSTITUCION ITALIANA

Aquí es oportuno retomar el argumento de la Constitución italiana porque ella se ha propuesto un objetivo más ambicioso, que ha sido, no el de reconocer solamente la posibilidad de la contratación, sino el de regular los procedimientos y efectos. La Constitución italiana, en efecto, en su artículo 39, contiene el reconocimiento de la libertad de organización sindical, seguido por dos párrafos que dicen:

> «A los sindicatos no puede ser impuesta otra obligación que no sea la propia inscripción en oficinas locales o centrales según las normas de

la ley. Es condición para la inscripción que los estatutos de los sindicatos sancionen un ordenamiento interno con una base democrática. Los sindicatos registrados tienen personalidad jurídica. Pueden, representados unitariamente en proporción a sus inscritos, estipular contratos de trabajo con eficacia obligatoria para todos los pertenecientes a las categorías a las cuales el contrato se refiere.»

Aparte del primer parágrafo que garantiza la libertad sindical y que ha encontrado una acabada y sistemática realización en el Estatuto de los trabajadores de 1970, el fenómeno singular es el hecho de que los otros parágrafos del artículo 39 no han hallado aplicación; más aún, existe un acuerdo sustancial entre las fuerzas sociales y la mayor parte de las fuerzas políticas, para que no sean puestos en vigor. ¿Qué cosa ha ocurrido? Las razones que se aducen para justificar este retraso en la aplicación legislativa son en general las siguientes:

1) En primer lugar una dificultad técnica: la representación unitaria proporcional a los afiliados o inscritos en el sindicato exigiría una verificación del número de los afiliados y cuando no sean atendibles las declaraciones suministradas por los mismos sindicatos —y tal sospecha, a veces, no sería del todo infundada— sería necesario confiar los poderes de verificación a un órgano público. Un evento de esta naturaleza ha preocupado notablemente a las organizaciones de los trabajadores.

Por otra parte en la estipulación de los contratos colectivos de un área profesional más amplia, como por ejemplo los acuerdos interconfederales para todo el sector industrial —muy importantes para Italia— el número de los inscritos implicados en la negociación llegaría a cifras superiores al millón, lo que pone en evidencia la enorme dificultad de verificación, principalmente cuando se condiciona a su éxito —como por otra parte parecería necesario— el desarrollo o la continuidad de la negociación en caso de conflictos de representación.

2) Una segunda dificultad es la de determinar el ámbito profesional del sindicato y/o del convenio sin plantear limitaciones a la libertad sindical que incluye la libertad de elegir el ámbito profesional (es decir, la «categoría», jurisdicción o unidad de organización y/o contratación).

3) Una tercera dificultad que rápidamente ha contribuido a impedir el cumplimiento constitucional, ha sido de orden político. El mismo año de la promulgación de la Constitución se produjo la escisión sindical; la confederación CISL, colateral al partido Demócrata Cristiano, se dio cuenta de que una distribución proporcional de mandatos entre los sindicatos habría atribuido una neta mayoría a la CGIL, la confederación compuesta por los comunistas y por sus aliados de entonces, los socialistas del PSI. Los procedimientos contractuales en uso anteriormente a la Constitución (y que así permanecen a causa de la no aplicación de partes de la Constitución) atribuían de hecho una posición de paridad a las distintas organizaciones en cuanto las mismas eran libres de adherirse o no al desarrollo de una negociación.

Con el tiempo se adquirió conciencia de que estas representaciones unitarias habrían alcanzado en esencia un solo resultado —si bien de no

poca importancia— el de hacer los contratos colectivos «erga omnes». En efecto, los contratos colectivos estipulados por las organizaciones de hecho vinculan solamente a los afiliados en razón de los principios generales del derecho civil, pero no pueden obligar a los empresarios y trabajadores que no pertenezcan a las organizaciones respectivas. Sin embargo, al final de los años cincuenta, el poder de las organizaciones de los trabajadores comenzó a crecer velozmente —la desocupación disminuyó en manera notable— y de hecho, con el auxilio de una serie de intervenciones, aunque parciales, del Parlamento o de la Administración Pública y el Poder Judicial, contribuyó a difundir la aplicación de los contratos colectivos incluso fuera de la esfera de los inscritos a las asociaciones.

El problema del «erga omnes» fue poco a poco perdiendo la dramaticidad y la importancia que tuvo a los ojos de nuestros constituyentes de 1948, importancia tal que condicionó toda la reglamentación del procedimiento contractual. Los sindicatos se dieron cuenta de que la contratación era posible y que tenía efectos ampliamente vinculantes aún sin la aplicación constitucional y sin que la ley hubiese introducido alguna regla al respecto.

Paralelamente se modificaba la conducta del sindicato y de la doctrina con respecto a los valores jurídicos. Se adquirió conciencia de que el reconocimiento y la personalidad jurídica de por sí significan muy poco o nada, porque sus efectos habrían sido circunscritos a la esfera patrimonial que no es, por cierto, la principal actividad de los sindicatos; además, el desarrollo de la contratación fuera de las reglas dictadas por el legislador dio lugar a un ordenamiento sindical de hecho, que ocupó el espacio preestablecido por la Constitución e hizo superflua la aplicación constitucional.

4) Tuvo lugar un paso gradual del modelo constitucional, jamás aplicado a un modelo de hecho, que se caracterizaba por el sindicato no reconocido y la contratación no reglamentada. El modelo de hecho ha sido calificado por una doctrina como un ordenamiento paralelo al ordenamiento estatal, llamado «ordenamiento intersindical». Ahora bien, ¿cuáles son los significados ideológicos de este cambio?

El artículo 39 de la Constitución expresaba valores ideológicos muy ambiguos y por otra parte muy significativos en su ambigüedad, en una situación de transición desde el estado corporativo al sindicalismo libre. El Estado corporativo, como es sabido, había suprimido los sindicatos preexistentes y creado una red articulada de sindicatos públicos que, por todo el veinteno en el que tuvo origen este sistema, mantuvo, a despecho de los más rigurosos ideólogos corporativos, una identidad distinta; es decir el sistema corporativo fascista fue en realidad más un sistema de sindicalismo «de régimen» que un sistema corporativo en sentido estricto.

Y este sindicalismo de régimen tuvo a su disposición el instrumento de la negociación colectiva: una negociación en la cual las partes estaban privadas de poder contractual real, porque estaban prohibidos tanto el derecho de huelga como el **lock-out**; faltaba por lo tanto una dialéctica conflictual y en los pocos casos de conflicto de intereses no ajustados en

sede sindical, intervenía una función arbitral que la ley atribuía a la Magistratura del Trabajo pero que en realidad era desarrollada por el Partido o por el Gobierno de Partido.

La Italia fascista consignó una herencia de negociación muy amplia y articulada, con algunos contenidos incompatibles con el nuevo régimen y otros correspondientes más o menos a las características de la normativa social que se había venido afirmando en los distintos países.

El carácter fascista de los convenios colectivos fascistas, por lo tanto, no era tal como para comprometer en definitiva la funcionalidad en el ámbito del nuevo régimen, y fue por eso por lo que cuando el ordenamiento sindical fascista, en 1944, se deroga, se dispone que permanezcan en vigor los contratos colectivos vigentes impropiamente llamados corporativos; por una peculiar vicisitud muchos de estos contratos continúan (por lo menos formalmente) en vigencia aún hoy. Podemos observar además que el texto de los convenios colectivos estipulados —después de la caída del régimen— por los nuevos sindicatos calcó por largo tiempo el de los contratos corporativos seguido por un proceso de enmiendas sucesivas. Algunas normas de contratos nacionales actualmente vigentes, también encuentran su origen en los así llamados contratos corporativos.

Es evidente que el artículo 39 de la Constitución sufrió la influencia de esta realidad que estaba caracterizada por dos aspectos que habrían de cambiar su significado en el tiempo. Por un lado, los convenios colectivos corporativos eran casi todos nacionales, por otro, ellos tenían eficacia «erga omnes»; el sistema constitucional tendía a mantener esta eficacia y en sustancia cuando hablaba de representación unitaria de sindicatos pensaba (aunque sin decirlo) en los contratos nacionales. Pero, como ya se ha dicho, la eficacia «erga omnes» ha perdido notablemente la importancia de aquel tiempo. Surge con bastante evidencia, por otro lado, que, sobre todo en los últimos quince años, la parte más dinámica de la contratación es la empresarial y eso demuestra que el ordenamiento de hecho, ha cambiado en gran medida los términos sobre los cuales habría debido obrar el ordenamiento constitucional. Y confirma que el ordenamiento constitucional fue definido pensando en un presente que incorporaba mucho del pasado y no en un futuro que era por otra parte imprevisible. Esto era así también porque la cultura política, sindical y jurídica italiana conocía poco la experiencia extranjera y permanecía anclada fuertemente a una visión provinciana.

El fascismo había exaltado el así llamado «sindicalismo jurídico»; por su parte los constituyentes, a pesar de su ideología antifascista, no lograron superar la idea de que un sindicalismo para tener importancia y ser influyente debe gozar de un formal reconocimiento y que una negociación para ser eficaz debe ser regulada por la ley.

A pesar del apego a la tradición corporativa, el artículo 39, en su ambigüedad, presenta también un aspecto o una clave de lectura profundamente democrática, sobre todo en la visión inspirada del pluralismo católico que tuvo su más coherente expresión en este sentido en Giuseppe Dossetti y Constantino Mortati. La Constitución, reconociendo al sindicato, adoptaba

en su ámbito las estructuras de una sociedad pluralista, de una comunidad democrática de la cual el Estado es un elemento pero no representa el todo; y aquí nos encontramos ante la antigua dicotomía entre Estado y sociedad civil, dicotomía que se habría querido ver solucionar en un ordenamiento constitucional democrático, y por lo tanto capaz de «constitucionalizar» la misma sociedad civil; es por esto por lo que Mortati podía considerar perfectamente compatible la más completa libertad sindical, con la atribución a los mismos sindicatos no sólo de la personalidad jurídica sino de una personalidad de derecho público.

5) En este aspecto la experiencia histórica italiana es paradójica; en efecto en estos últimos treinta años los sindicatos se han demostrado capaces de dar vida a una compleja estructura contractual, quizá entre las más ricas en cuanto se refiere a contenido y áreas profesionales implicadas.

Tal sindicato ha surgido como uno de los más activos elementos de la sociedad civil y como, sin duda, la más importante estructura de contrapoder social, pero ajeno al contexto jurídico que la Constitución había preparado para él. En la medida en que el país asumía efectivas y reales características de sociedad pluralista, como no lo era ciertamente en 1948, se negaba el modelo de comunidad pluralística idealizado por los constituyentes. En lugar de éste se creaba el modelo de hecho, es decir, aquél que ha sido definido: «la formación extralegal del derecho sindical o del ordenamiento intersindical».

Durante estos treinta años de experiencia histórica, fue derrotada la doctrina que quería resolver la antinomia de la sociedad civil en el ámbito de un pluralismo constitucionalmente ordenado y jerarquizado. La realidad sindical ha expulsado de la Constitución formal aquellos principios que tendía a hacer de la misma la estructura conductora de una sociedad con roles y funciones preestablecidos por un claro reglamento de competencias construidas en torno a una idea de democracia policéntrica, que acusó la influencia del organicismo católico. El Estatuto de los Trabajadores que tiene como presupuesto de base, ya sea el sindicato de hecho, sea el ordenamiento contractual de hecho, ha consolidado esta situación. La realidad del sindicato, de la negociación y de la acción directa encontró su equilibrio. Un equilibrio que se puede considerar autorregulado en un modelo de constitución material en profunda divergencia con aquél ofrecido por la Constitución.

6) Este sistema de relaciones industriales, esta red de relaciones contractuales, tienen indudablemente su punto de garantía constitucional en la libertad sindical y dado que, parece difícil dudar del hecho de que la libertad sindical comprende también la libertad y el derecho de negociación, se desprende que el ordenamiento contractual de hecho resulta en último análisis «constitucionalizado». La conclusión que se extrae de ello puede asumir sin embargo un valor general en todos los regímenes de libertad sindical, la contratación se expresa en una de las formas esenciales en las cuales el poder sindical se manifiesta, se construye, se garantiza. La tendencia de las Constituciones es la de reconocer en modo

explícito o implícito el derecho a construir el ordenamiento contractual. En un caso en el cual se ha intentado definir constitucionalmente el procedimiento y el contenido de la negociación se asiste a la derrota histórica del intento mismo.

Por lo tanto, la base legal de la negociación colectiva debe ser casi siempre buscada o en la ley ordinaria o en normas de autorregulación que la colectividad misma se atribuye. La libertad sindical es un poco como la norma jurídica del ordenamiento contractual. El resto deriva o de la ley ordinaria o de la nomodinámica producida por las fuerzas sindicales mismas. Aquí la situación se presenta con características muy distintas según los diversos países, y no debemos olvidar en el acto de interpretarla que en algunos de ellos la ley da impulso a la negociación o la prevé y en otros la ley interviene intentando desviar la negociación de su línea de tendencia. Entre estos últimos se puede considerar la experiencia de la **Industrial Relations Act** que ha tenido vigencia en Inglaterra desde 1971 hasta 1974 y que fue el intento de imponer a las partes sociales (no podemos olvidar que tal ley no encontró benevolencia ni siquiera en el patronato) un modelo de relación diferente de aquél que había sido generado por una amplia experiencia histórica.

Leyes de sostenimiento de la negociación en una fase incipiente de ella o en un momento de profunda transformación son la **Wagner Act** norteamericana (1935) o las leyes suecas de 1928 y de 1976, cada una de ellas refleja un nivel diferente de evolución, siendo la última la más avanzada entre todas las leyes existentes en la materia, desde el punto de vista del reconocimiento del poder sindical. También la ley francesa de 1950 ha sido la base legal para el desarrollo de un adecuado sistema contractual que se había hecho esperar durante muchos años. Por su parte la ley de convenios colectivos promulgada por la República Federal Alemana en 1949, es quizá la que aparece más sobria en tema de procedimientos y estructuras de la negociación y más atenta en cambio al problema de los efectos jurídicos del contrato colectivo.

La realidad italiana ha sido ya descrita y se recordará que la misma se basa en procedimientos contractuales no vinculados por la ley, sino más bien consolidados preponderantemente en una forma no escrita; en una praxis de hecho. Por lo tanto la analogía es bastante posible con el modo de desenvolverse del «Collective bargaining» inglés, así como es posible también, con respecto a experiencias escandinavas sobre todo Suecia y Dinamarca, en las cuales la base estructural de la negociación, su constitución en sentido material, está dada por actos de autonomía colectiva, que en parte pueden haber sido después recogidas por la ley. Es suficiente recordar el acuerdo fundamental de 1936 en Suecia.

IV. FUERZA VINCULANTE DE LOS CONVENIOS Y DEBER DE PAZ

Si por constitucionalización entendemos, en síntesis, la definición de las normas fundamentales relativas a la estructura del proceso negociador

laboral, entonces nos damos cuenta de que la línea de tendencia es casi por doquier que la Constitución formal suministra las garantías de libertad, mientras la ley, o la autonomía colectiva, o la combinación de la una con la otra, obran la verdadera identificación de las normas fundamentales. Pero son justamente las Constituciones las que indican —como la nueva española— la necesidad de una intervención legislativa para la definición de los efectos, de la «fuerza vinculante». ¿Qué quiere decir fuerza vinculante? Uno de los problemas más discutidos en torno a la fuerza vinculante de los convenios es el del llamado «deber de paz» durante su vigencia. Admitido como un efecto natural en Alemania, la inclusión de dicho deber en los convenios colectivos fue el objetivo que intentó la **Industrial Relations Act** británica. En Italia la opinión dominante es la de que el deber de paz puede incluirse en los convenios colectivos pero sin que se presuma su existencia. Además en ningún convenio actualmente vigente se consagra esta obligación y lo mismo ocurre en Francia.

La asunción voluntaria de este deber puede ser una opción de política sindical cuando se supere el estadio de infantilismo contractual. Sin embargo, su imposición por ley es de dudosa legitimidad, ya que implica una contradicción entre el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga, cuando este último aparezca reconocido por la Constitución. Por otra parte es evidente que la imposición legislativa del deber de paz priva a los trabajadores de un arma, del arma de poder negociar y cambiar la paz provisional por una contrapartida adecuada.

Entre las formas de intervención dirigidas a dar fuerza a los convenios para desarrollar su función de tutela de los trabajadores, podemos distinguir tres tipos de intervención legislativa, sobre cuya necesidad u oportunidad política es necesario discutir.

— La sanción de la inderogabilidad de las normas colectivas.

— La producción de eficacia «erga omnes» de los convenios colectivos.

— La utilidad de una legislación de apoyo o sostenimiento que cree áreas garantizadas para la negociación, y que podría ser particularmente útil, justamente en los casos en los que el proceso de libre negociación está obligado a moverse entre los residuos de un viejo sistema autoritario.

V. INDEROGABILIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO

Primer aspecto, la inderogabilidad del contrato colectivo está casi siempre explícitamente garantizada por la ley con la sanción de la sustitución de derecho de la cláusula derogativa; a falta de norma de ley se ha intentado suplirla con los recursos a principios, a procedimienos análogos, así como también con una jurisprudencia de tipo creativo; este último ha sido el caso de Italia, hasta que en 1973 la ley que ha renovado los procedimientos en materia de controversias laboreles ha logrado en forma indirecta sancionar una vez por todas la inderogabilidad y la sustitución de derecho de la cláusula individual por la colectiva.

Puede destacarse que el Derecho Civil difícilmente ofrece los instru-

mentos para el logro de este efecto, que parece ser de notable importancia y también, en alguna realidad sindical, absolutamente necesario.

El recurso a la doctrina del **implied term**, de la jurisprudencia inglesa, puede delinear una eficacia supletoria de las normas colectivas a falta de distinta voluntad de las partes, pero difícilmente pueda sobreponer la voluntad colectiva a aquella individual.

VI. EFICACIA «ERGA OMNES» DEL CONVENIO COLECTIVO

El segundo aspecto es el de la eficacia «erga omnes» y aquí naturalmente, más aún que en el caso precedente, existe la necesidad de una elección política. En el paso del Estado corporativo al Estado democrático, los juristas italianos, como ya se ha dicho, entendieron el «erga omnes» casi como un valor absoluto que debía ser a toda costa preservado. Por otra parte, la débil fuerza de los sindicatos en la época de la promulgación de la Constitución, transformaba a los mismos en solicitantes de una intervención en la materia. Y sobre esto, como es evidente, es aún más necesaria que en el caso precedente la voluntad de ley, porque el Derecho Civil no puede admitir de por sí sólo que una voluntad contractual, si bien colectiva, pueda vincular a quien no ha atribuido a los sujetos de la autonomía colectiva los poderes de negociar por cuenta propia.

Una mirada sobre la experiencia sindical de varios países hace posible trazar una línea de tendencia en estos términos y la enunciamos conscientes del relativo y limitado valor de las generalizaciones sociológicas de este tipo. Un sindicato de débil o mediana consistencia advierte en general la exigencia de la generalización del efecto del contrato, porque en otro caso, se crea al lado del mercado reglamentado un mercado no reglamentado que erosiona las bases mismas del poder sindical en el mercado reglamentado.

Más allá de un cierto límite de fuerza organizativa es posible que ocurra el proceso contrario, es decir, que el sindicato pueda advertir una exigencia distinta, que es aquélla de no ofrecer a los no inscritos las garantías suministradas por el contrato colectivo, ya sea porque, como dicen los americanos, no es justo que quien no paga la contribución a los sindicatos obtenga también los beneficios del contrato, o sea porque de este modo es incentivada la adhesión al sindicato, dado que quitándoles los beneficios a los no sindicados éstos son inducidos prácticamente a entrar en el sindicato. El argumento se hace más complejo si consideramos la influencia de ideologías diferentes. El «businen unionism» es por cierto el más propenso a razonar en estos términos de intercambio entre costos y beneficios. El sindicato de clase puede considerar, por encima de cualquier otra estimación, el empeño como agente de clase en vez del de representante de los afiliados.

Lo que un análisis jurídico debe destacar es que:

1. La eficacia «erga omnes» puede no resultar indispensable.
2. En los casos en que se considere indispensable y principalmente

en aquellos sectores de más alta dispersión como la agricultura o las pequeñas industrias en general —donde sea difícilmente realizable con el simple reforzamiento del sindicato— será necesaria una intervención de ley, la cual puede tener varias formas tales como: la extensión del contrato colectivo (Francia, República Federal Alemana) o la constitución de organismos mixtos que dicten normas vinculantes, eventualmente teniendo en cuenta los contratos colectivos; o también puede repetirse, aunque no me parece aconsejable, la experiencia italiana, en la cual la eficacia «erga omnes» de las cláusulas retributivas ha sido alcanzada parcialmente, mediante una jurisprudencia que ha considerado que las tarifas contractuales corresponden al concepto de justa retribución, tal como es garantizado por la Constitución misma. Pero se ha tratado de un remedio que podríamos llamar de «emergencia», consolidado y no falto de efectos prácticos, principalmente en el período que va desde la promulgación de la Constitución al comienzo de la fase de impetuoso crecimiento sindical que se localiza en torno al año 1960. Por otro lado es también cierto que la retribución es la parte más importante de los convenios colectivos, pero no lo es todo.

En sustancia, es materia de juicio político evaluar si la introducción de procedimienos para el efecto «erga omnes» pueda crear vínculos inaceptables y cuanto de estos vínculos pueda ser aceptado en relación a la ventaja que se obtiene.

VII. LEGISLACION DE «APOYO» O «SOSTENIMIENTO» A LA NEGOCIACION COLECTIVA

La tercera línea de intervenciones no tiene referencias con los objetos, ni con los procedimientos contractuales, es la línea de la legislación de apoyo a la actividad contractual. Ella ha encontrado expresión, principalmente, en la importante técnica jurídica de la obligación a negociar de buena fe, introducida por primera vez por la **Wagner Act** y en la legislación sueca en el año 1936.

En Italia el Estatuto de los Trabajadores ha dado vida a una estructura legal de apoyo para la organización y para la actividad del sindicato más no para la contratación. Pero es evidente que reforzándose el sindicato, sobre todo a nivel de empresa, resulta reforzada también la contratación. Este también es un problema que debe ser abordado teniendo en cuenta toda una serie de valoraciones políticas.

La legislación de apoyo puede también dar como resultado la posición indirecta de los vínculos en la actividad contractual y se trata de medir el grado de aceptabilidad de estos vínculos respecto a la estructura contractual que está en vigencia en un determinado país o que se desea que se forme cuando aún no está formada. No hay duda que en los Estados Unidos la obligación a negociar, que es el eje del sistema legal de contratación, ha introducido indirectamente mecanismos legales con efectos limitativos.

VIII. PROPOSITO

Lo que se ha querido destacar en esta ponencia es que la constitución material de la contratación colectiva está en general fuera de la Constitución formal y que la intervención legislativa puede ser indispensable para los efectos y puede también ser útil como instrumento de garantía de esta constitución extraestatal; y esos últimos son los casos de la legislación de apoyo.

En la fase de transición desde el sistema corporativo al sistema de libertad contractual todos estos aspectos son tomados en consideración. La experiencia italiana tiene un significado particular porque en ella el proceso de transición ha sido cumplido con la demolición brusca e inmediata de algunas estructuras, pero con la conservación, algunas veces inadvertida, de otras. Han sido necesarios decenios para demoler completamente la herencia del Estado corporativo y en el último golpe de pico ha contribuido también el Estatuto de los trabajadores, por sus partes de legislación de sostenimiento o apoyo.

Sólo un análisis de las estructuras vigentes y de las estructuras potencialmente pronosticables en relación a las opciones políticas de cada uno puede dar una indicación definitiva al respecto.

VI

ESTRUCTURA DE LA EMPRESA

UMBERTO ROMAGNOLI
Catedrático Numerario de Derecho del Trabajo
Universidad de Bolonia

I. DEMOCRACIA DE «CIUDADANOS» Y DEMOCRACIA DE «PRODUCTORES»

Durante años he enseñado a mis alumnos que los textos constitucionales soportan bien las terapias ortopédicas. Sin embargo, después de haber leído el texto de la Constitución española, estoy menos seguro de la bondad de esa enseñanza. Por lo que se refiere a las relaciones de trabajo en la empresa, el texto no se presta a adaptaciones interpretativas. El texto es compacto y lineal: reconoce la iniciativa económica privada como manifestación de la personalidad humana y, en cuanto tal, garantiza su ejercicio. La empresa es inequívocamente considerada como un instrumento legítimo de realización del interés individual en una economía de mercado. En definitiva, la mayor parte de sus redactores está convencida de que la búsqueda del beneficio es el vehículo más eficaz para la obtención del bienestar colectivo. Con confiada tozudez están dispuestos a jurar, sin más preámbulos ni explicaciones, que la empresa es un lugar de acumulación del capital y de producción de riqueza. Ciertamente, su coherencia con los principios del liberalismo clásico es absoluta. Así, pues, la Constitución española perfila una democracia exclusivamente de **ciudadanos**. La democracia de los **productores** pertenece a otro planeta.

Dicho esto, es fácil medir las distancias entre la Constitución española y la Constitución italiana. Esta última abandona la convicción de que la coincidencia del interés individual del empresario con la utilidad social sea el resultado espontáneo de una ley natural. Muy al contrario, atribuye al Estado la función de hacer que la iniciativa económica privada adquiera las cualidades socialmente útiles de que carece y que, por sí misma, no podría nunca conquistar. Y ésta no es una función reservada sólo al aparato estatal; a su obtención debe poder contribuir todo el sistema de las instituciones, gubernativas o no, a través de las cuales se

articula la organización de la sociedad-estado: por consiguiente, también los sindicatos y, a través de ellos, los trabajadores en cuanto tales. Así, pues, entre las formas constitucionales a través de las cuales el pueblo italiano ejercita su soberanía se coloca también la intervención de los trabajadores y de sus sindicatos en el área de las decisiones relativas al proceso productivo; decisiones que la concepción clásica de la empresa atribuye exclusivamente al empresario individual.

Sin embargo, la democracia de los productores no es un objetivo para un programa de cien días; no es decretable desde arriba; sus líneas esenciales no pueden ser imaginadas en un laboratorio. Esa democracia no se ha realizado, sino en formas muy imperfectas, ni siquiera en las cooperativas de producción y trabajo. Y ello porque las cooperativas son, antes que nada, empresas y la empresa es una institución típicamente capitalista. Los socios trabajadores de una cooperativa saben muy bien que, desaparecida la figura del patrón, la relación entre fuerza de trabajo y capital típica de una economía capitalista no se destruye con el automatismo deseado; han aprendido por propia experiencia que la exigencia de revalorizar su capital se afirma incluso a costa de su trabajo. De hecho, la cooperativa realiza el sueño prohibido de cualquier empresario: los trabajadores trabajan, más que para sí mismos, para la prosperidad de la empresa. Retribuciones más altas o mayores inversiones es un dilema que la cooperativa no ignora. Antes bien al contrario, el **pathos** cooperativo se encuentra todo él aquí: en el obligar a los mismos trabajadores a tomar decisiones empresariales de las que se derivan sacrificios actuales en función de beneficios futuros.

Para comprender el estado de la cuestión puede ser útil una remisión a los análisis recientes de las relaciones de producción en los países socialistas. También allí, como en la cooperativa de trabajo, la dinámica de clases es desconocida no porque no exista sino porque se le da otro nombre, porque se usan otras palabras; también allí, como en la cooperativa de trabajo, el que la utilidad de la empresa sea social es una reflexión que el trabajador individualmente y a posteriori puede también hacer; pero ello no impide que sea casi imposible establecer a priori el punto de equilibrio en el cual resulten armonizados los intereses inmediatos de los individuos singulares y aquéllos a más largo plazo conectados con los ritmos del proceso de acumulación capitalista. Si no fuese así, resultaría un misterio el hecho de que la categoría «salario» sea una constante histórica en la evolución legislativa de la cooperativa de producción y trabajo. Es decir, la actividad laboral del socio tiene, también para el legislador, un valor de cambio.

II. ALGUNAS CONTRADICCIONES EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Estas escasas referencias al derecho de la cooperación deberían bastar para clarificar las cosas. La Constitución española atribuye a los poderes públicos la función de tutelar la productividad empresarial. Sin

embargo, sus autores no pueden pensar seriamente que tal garantía impida la reproducción del contraste, de carácter estructural, sobre los criterios que se deben adoptar para cualificar como socialmente productivos o improductivos el consumo de la plusvalía obtenida del uso de la fuerza de trabajo. Se trataría de una peligrosa ilusión ideológica. Incluso la Confederación Italiana de la Industria, un dinosaurio que se está despertando, lo ha comprendido así. En un reciente documento admite: «... las reglas objetivas del mercado y de la eficacia no son ya capaces de obtener por sí mismas la aceptación general...». Tomar conciencia de ello no significa renunciar al gobierno de la empresa; significa, por el contrario, aceptar, como un dato fisiológico, el conflicto en el terreno de los intereses.

En esta misma línea es preciso también denunciar otra ilusión de signo igual y contrario y no menos peligroso: la de ver en la eficacia de la empresa una trampa puesta por el capitalismo para frenar el crecimiento de la acción obrera. Es necesario aprender a distinguir entre un uso guerrillero y mixtificante del concepto y el sentido que tiene dicho concepto en cualquier situación. De esta manera no existen valores universales a descubrir. Existe sólo la certidumbre de que no puede existir democracia de productos si se destruye la riqueza; la destrucción de la riqueza es la muerte de la misma democracia de los ciudadanos: eso es todo. Una vez asumida tal certidumbre se pueden incluso sacar a la luz las contradicciones que están en la estructura de la empresa; con esa certidumbre en el bolsillo se evita el error de confundir las luchas de los trabajadores por la democratización de la estructura de la empresa con los caracteres de una situación prerrevolucionaria. Ello no excluye que los límites puestos a la autoridad empresarial sea un momento del proceso de construcción de una sociedad diversa. Quiero decir simplemente que el viaje es muy largo. Sin embargo, incluso un viaje muy largo comienza con un paso, es decir, con la búsqueda de un nuevo modo de estar en la fábrica no sólo de los trabajadores sino también de los mismos empresarios.

Quien sabe si es justamente ésta la estrategia que tienen en mente los redactores de la Constitución española cuando prometen un Estatuto de los trabajadores. Personalmente tengo muchas dudas, ya que todo hace suponer que están anclados en una concepción arcaica del factor trabajo. Entienden todavía la disponibilidad del trabajo por cuenta ajena, obtenida mediante un contrato, de la misma forma que entienden la disponibilidad de los otros factores de la producción organizados en la empresa: en síntesis, y respecto a los trabajadores, el poder de dirección del empresario lo consideran fundado sobre el derecho de propiedad. Por ello han elaborado el texto de una Constitución predemocrática —predemocrática en el sentido esclarecido por M. S. Giannini— que, después de haber enunciado principios luminosos, los margina en una especie de limbo sin preocuparse de darles una actuación coherente al nivel del hombre común. En efecto, la regla de la igualdad de los ciudadanos, afirmada al nivel del ordenamiento constitucional del Estado, viene inmediatamente negada al nivel del ordenamiento de las relaciones sociales de producción.

III. REFORMA DE LA EMPRESA Y LOGICA ECONOMICA

Quizás han leído a T. Hobbes, según el cual las **corporations** son casi pequeñas repúblicas en las entrañas del **Leviathan**; quizás han ignorado a K. Korsch, según el cual la clase obrera puede ahora utilizar en beneficio propio todas las argumentaciones que en un tiempo la clase burguesa desarrolló en su lucha contra el despotismo de los señores y contra los privilegios feudales a favor de la constitución liberal del Estado y de la democracia política. Pero harían bien en no olvidar que, si la democracia no entra en las fábricas, saldrá del país; así como harían bien en no delegar este tipo de responsabilidad a la clase jurídica, forense y académica. Se trata de un grupo social conservador por razones biográficas y fácilmente escandalizable. Frente a exigencias, en su opinión demasiado avanzadas, reacciona habitualmente como podría hacerlo un **Politburó** de setentones frente a la cosmonauta Tereskova decidida a reivindicar los derechos de la mujer en la Unión Soviética: con el ceño fruncido y un gesto agrio en la boca. Este grupo profesional y social no encuentra nada de extraño en el hecho de que el trabajador, atravesando las cancelas de las fábricas, venga sujeto a una ley particular.

Tanto es así que sobre ello se han construido incluso teorías jurídico-políticas, la más sólida de las cuales es aquélla, elaborada entre nosotros par Santi Romano, que da por descontada la tendencia de la empresa a organizarse como un cuerpo separado, como un sistema autocéfalo y autosuficiente. La empresa, se sostiene, es un ordenamiento con un legislador propio, con un juez propio, un conjunto coordinado de autoridad y engranajes administrativos; un mundo jurídico en sí mismo, completo en su género y en sus fines. En efecto, la expropiación empresarial de los derechos fundamentales de libertad de los trabajadores nace así del lugar común según el cual no tiene relevancia alguna que la estructura de la empresa sea autoritaria y represiva cuando es racional, cuando es funcional a las exigencias de la producción, cuando corresponde por sí misma al interés de la empresa. Y eso no es sino el equivalente empresarial de las doctrinas políticas que defienden la imagen de una sociedad jerárquica pero sin clases contrapuestas.

Ciertamente, el derecho es una técnica de control social. Sin embargo, el derecho del trabajo es un sismógrafo muy sensible; si nos obstinamos en hacerle registrar fenómenos innaturales o falsos, arriesga romperse. Es un instrumento delicado que funciona de manera satisfactoria sólo si es utilizado para prescribir criterios y modelos de mediación institucional entre «diversos» que quieren permanecer tales y no para propiciar armonías imposibles. En materia de trabajo, los intereses son irreductiblemente antagonistas. Y de aquí es preciso partir. Después de todo, en cualquier relación contractual se encuentra siempre oscuramente presente una relación de guerra; esto al menos nos dicen todos los juristas que rechazan «flirtear» con los corporativismos de cualquier color y naturaleza.

Condenada por la historia la hipótesis de una dirección autoritaria de la empresa; desacreditadas por la experiencia las patéticas iniciativas

de las «humans relations», muy próxima está, por consiguiente, la obtención de los derechos del trabajador en la empresa; derechos que le corresponden en cuanto ciudadano que trabaja: el derecho de manifestar libremente el propio pensamiento sin temor a represalias, el derecho de organizarse sindicalmente y de ejercitar en los lugares de trabajo la actividad sindical. Sin embargo, los problemas no acaban aquí; por el contrario, nos encontramos enseguida con otros obstáculos. La democracia industrial es una democracia **sui generis**. En la empresa siempre hay algunos que mandan y muchos que obedecen; en la empresa no existe la posibilidad de un cambio de roles: gobierno y oposición permanecen siempre fijos. Por ello, los derechos de libertad de los trabajadores en la empresa no sobrepasan el límite más allá del cual se pone en discusión el regular funcionamiento de la misma.

En mi país circula una falsa esperanza que se avergüenza de morir: la esperanza de que los derechos de libertad de los trabajadores puedan marcar un ámbito de contrapoder capaz de hacer desembarcarlos en el campo atrincherado en el cual el empresario es amo y señor. Por un cierto tiempo esta hipótesis de reformismo jurídico revolucionario ha parecido cercana. Y sin embargo no nos dábamos cuenta de que se estaban debilitando las viejas reglas sin que existiera la fuerza o la capacidad de sustituirlas con reglas nuevas. Sostener que el «... advenimiento de un nuevo régimen de producción es posible y es legítimo...» es una tesis que, como justamente ha señalado G. Minervini, abre más interrogantes de los que cierra. Sin embargo, «... este nuevo régimen es preciso —y es urgente— estudiarlo, perfilarlo, precisarlo. ¿O quizás no estamos preparados?...». Hoy nuestros sindicatos, aún sin renunciar a la propia autonomía, se declaran dispuestos a garantizar la supervivencia del sistema económico. Ello no significa obviamente que piensen retroceder de las posiciones conquistadas sobre la base del Estatuto de los trabajadores, llevando atrás las agujas del reloj. Por el contrario, justamente desde estas posiciones los sindicatos pueden iniciar un nuevo camino. En un cierto sentido, el futuro ha comenzado ya; y ha comenzado en la forma menos previsible: los sindicatos han quitado a los propios empresarios la iniciativa de realizar en concreto una reforma de la empresa, los han cogido a contrapié por usar una expresión futbolística.

Desde hace un par de años, todos los contratos colectivos nacionales sancionan el principio según el cual «... quien tiene el deber de soportar, tiene el derecho de saber...». Es decir, los trabajadores tienen el derecho de conocer cuáles son las opciones de política económica empresarial y tienen el derecho de confrontar sus propias valoraciones con las de la empresa por cuanto hace referencia a los efectos que recaen sobre ellos. He aquí pues ya un pedazo, quizás minúsculo, de reforma de la empresa, por cuanto los trabajadores se han hecho con los instrumentos para aumentar la visibilidad de la acción de los sujetos que deben decidir. ¿Qué se quiere demostrar con ello?: que el ingreso de los representantes de los trabajadores en los órganos internos de la empresa no es la vía obligada para obtener la transparencia de los procesos de decisión y para

orientarlos; tanto más cuanto que, según testimonios a tener en cuenta, las experiencias de cogestión más conocidas no merecen ser imitadas. Si los representantes de los trabajadores en los consejos de administración no provocan normalmente ninguna molestia, ello no sucede a causa de vulgares sobornos: la realidad es que, al nivel de las singulares unidades productivas, la lógica económica es fatalmente la lógica de la necesidad. Ciertamente, sobre las mesas de los consejos de administración se exhiben cifras y fórmulas, hipótesis y problemas, pero no como elementos de una madura reflexión recíproca, sino como instrumentos de presión sobre los trabajadores.

Esto lo han comprendido bien los trabajadores italianos, tanto que no piden en absoluto colaborar en la gestión de la empresa, contrariamente a cuanto prevé una inútil norma escrita en su Constitución —art. 46— (no muy diferente de la contenida en el art. 129, 2, de la Constitución española). Reclaman, por el contrario, el derecho a participar al nivel de la organización total del sistema económico, esto es al nivel de la dirección del Estado, ya que entre nosotros, como en cualquier otro país capitalista, el Estado juega un papel central en la vida económica y, ya sea el capital ya sea el trabajo, se relacionan con él cada vez más estrechamente. En efecto, el problema no consiste en retocar el maquillaje a las estructuras de dirección de la empresa. Es necesario, por el contrario, modificar la posición de la empresa en el marco de las instituciones de democracia política que gobiernan la economía, dotando al sindicato de los instrumentos precisos para poder expresar adecuadamente, también en esta sede, su posición de contraparte.

IV. REFLEXIONES FINALES

Por todo esto querría concluir mi intervención con una exhortación y, a la vez, con un deseo: haced de modo que vuestros padres constituyentes, poniendo a un lado las fórmulas mágicas, sepan proporcionar las garantías procedimentales e institucionales idóneas para satisfacer las exigencias de protección de los intereses colectivos que se encuentran directamente afectados por la actividad de la empresa y permitid también así a los trabajadores españoles y a sus sindicatos contribuir al desarrollo económico en condiciones de autonomía y de igualdad con la contraparte. Usad todos los argumentos que os sugiere el análisis histórico para disuadirlos de dañar los canales de consensos merced a los cuales se contiene la conflictividad social dentro del marco institucional.

Dos son los modos de debilitar al sindicato, que en una sociedad industrial representa el canal de consensos menos obstruido. Uno es el de insertar a los trabajadores en los órganos de gobierno de la empresa impidiendo, contemporáneamente, su ingreso en los órganos de gobierno de la economía. La confirmación de lo anterior —son palabras de F. Galgano— la constituye la experiencia de aquellos países en los que la voz de las minorías políticas que se levanta en las asambleas electivas, se va debi-

litando gradualmente hasta diluirse en las instancias de decisión firmemente tomadas por el poder económico. El otro es el de cooptar a los sindicatos en los altos niveles del gobierno de la economía con la pretensión de verles ejercitar un poder de control, no ya sobre los métodos de gestión de la economía, sino sobre los mismos trabajadores para inducirles a la moderación. Lo anterior viene confirmado —son palabras de P. Ingrao— por la experiencia de aquellos países en los que la reducción del sindicato a órgano subsidiario del poder político ha quitado al mismo poder político algo muy importante: le ha privado de una señal autónoma que continuamente manifieste, dentro de las instituciones, el grado de tensión que se determina entre las necesidades actuales de los trabajadores —los hombres y mujeres de carne y hueso de esta generación— y los fines históricos de la clase.

El hecho es que el sindicato de los años 80 en Europa, llamado a resolver un problema similar al de la cuadratura del círculo, si quiere conservar un poder sobre sus representados, debe dejar que se desarrolle también el poder de los representantes de obtener beneficios inmediatos, un poder a ejercitar en la forma menos sofisticada y menos comprometida posible: la libre contratación colectiva. El virus de la cogestión no es mortal pero, ya que se encuentra siempre en la estructura de la empresa y en la propia estructura político-económica del capitalismo maduro, aún tomado en pequeñas dosis, es preciso vacunarse bien: el cuerpo debe estar fuerte y sano.

Por consiguiente dos son las tendencias que es preciso armonizar. De un lado aquélla —promovida bien de común acuerdo o bien por necesidad, por el conjunto de las fuerzas sociales y políticas— a construir un sistema de acuerdo programático de la economía dentro del cual empresas, sindicatos y Gobierno planteen sus respectivos puntos de vista, los confronten, y establezcan líneas directrices del desarrollo productivo con carácter general. De otra parte, la tendencia de los trabajadores —de los trabajadores ocupados, entiéndase— a interesarse por los temas que más directamente les afectan desde una óptica de particularismo corporativo. Para obtener dicha armonización —entre una tendencia, la primera, centrífuga y otra centrípeta— es muy iluminador introducir cambios en la estructura de las empresas singulares a través de formas de control obrero; estos cambios, se dice, favorecerían la formación de una nueva «leadership» obrera educando poco a poco a los trabajadores a interesarse en temas más amplios conectados con las estrategias financieras y productivas.

Por lo que hace al trabajo a realizar por vosotros aquí y ahora de cara a la Constitución, me parece que el tema más importante será el estudio de los instrumentos, tiempos y procedimientos que configuren un poder sindical de control sobre el gobierno de la economía. En efecto, la credibilidad del sindicato como organización que persigue intereses a medio y largo plazo exige que los trabajadores tengan la razonable garantía de no salir con sus propias reivindicaciones de la fábrica para volver a casa con las manos vacías.

VII

LA HUELGA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA (*)

WOLFGANG DÄUBLER
Catedrático Numerario de Derecho del Trabajo
Universidad de Bremen

I. GARANTIA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE HUELGA E INTERPRETACION DE LOS TEXTOS NORMATIVOS

Insertar en la Constitución una garantía de la huelga no es cosa tan obvia: Suecia y los Estados Unidos no conocen nada parecido, el derecho inglés no ha regulado legalmente ni una vez el derecho de huelga; detrás de ello se encuentra la idea de que se trata, en la huelga y en el cierre, de fenómenos sociales que no se dejan regular jurídicamente ni por ello canalizar. Las relaciones laborales se conciben como un campo de enfrentamientos sociales que se dejan libres por el ordenamiento jurídico y se abandona a la propia dinámica de los interlocutores sociales. Esto tiene la ventaja de posibilitar el libre desarrollo del movimiento obrero, incluso cuando se trata de algo más que de mejores salarios y jornada más breve, cuando de la transformación de la empresa y de toda la sociedad se trata; podría en consecuencia resultar seductor el hablar de un modelo inglés y excluir el tema del conflicto laboral de las consideraciones siguientes.

Aplicar tal demanda de no juridificación exige en verdad algo más que la no discusión de las palabras «huelga y cierre» en la Constitución. Ello implica que todo el sistema jurídico y constitucional tenga en cuenta la libertad de las controversias sociales. De esta manera debe estar asegurado que normalmente ninguna sanción civil pueda imponerse ni contra el trabajador singular ni contra el sindicato y debe existir un consenso social de que las controversias no vengan superadas por medio del derecho sino a través de la confrontación directa y mediante los compromisos obtenidos con ello.

Si no me equivoco este presupuesto no se da en el texto de la Cons-

(*) Traducción a cargo del Prof. Dr. don Antonio Ojeda Avilés.

titución española: éste se pronuncia por una juridización extraordinaria de las relaciones sociales y regula incluso materias que en otros Estados se remiten a la legislación o a la jurisprudencia. Si esto es así, y no hay ninguna otra solución por vía política, entonces significaría una discriminación para el movimiento obrero el que no vinieran reconocidos sus derechos tradicionales en el texto constitucional. Si ya hay una fijación jurídica de las reglas de juego, debe abarcar también a la huelga: de otra forma existiría el peligro de la completa ilegalidad, el peligro de que al llamado de la propiedad toda forma de controversia social viniera prohibida. Si no se posee la fuerza para luchar por una zona de libre controversia, se debe aceptar la normación jurídica e intentar alcanzar una garantía lo más amplia posible que no bloquee el desarrollo posterior.

Ahora la segunda observación. Para los juristas alemanes es habitual ver una clara regulación en un artículo de la Constitución o en un precepto legal, que solucione el conflicto fundamental en una determinada manera. Una concepción de este tipo es válida siempre que entre los juristas que aplican la norma exista un consenso sobre el método a aplicar, es decir, en tanto los supuestos concretos sean resueltos por vía de la deducción conceptual. En la actualidad me parece que esta concepción ya no se da, pues la aplicación del derecho resulta ser la ponderación de las diferentes posibilidades de solución que vengan en presencia.

La utilización práctica de las normas jurídicas es «discrecional» dentro de un ámbito muy amplio, y no está ya determinada a través del texto normativo. No es éste el lugar de mostrar las causas de esta evolución y de conectar la jurisprudencia de conceptos del capitalismo concurrencial con la forma actual de aplicación del derecho propia del capitalismo organizado e intervencionista, pues sobre el hecho como tal hay escasas dudas.

Con esta relativización del derecho escrito gana un decisivo significado la cuestión de a quién compete el poder de definición de las normas jurídicas, qué personas y grupos sociales deciden sobre su interpretación. Si éstas parten de juicios de valor conservadores no utilizarán para nada las mejores garantías, pero si parten, lo que ocurre pocas veces, de ideologías progresistas entonces incluso un texto modesto no ofrece ningún obstáculo al progreso social. Un ejemplo lo aclarará: la Constitución de Berlín Oeste contiene en su artículo 18 el precepto expreso: «el derecho de huelga queda garantizado», sin que se considere ningún tipo de limitación. Como resulta en todo caso del texto, el precepto no es de ninguna manera una simple norma programática sino derecho inmediatamente aplicable. La jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo ha despojado de contenido esta garantía por cuanto entiende que la Constitución prohibe únicamente una limitación legal de la huelga, pero nada dice sobre la relación empleador-trabajador. Pese a la garantía de huelga podría en consecuencia el empleador contestar a todo paro laboral con un despido sin preaviso y exigir indemnización de daños. Elaboraciones progresistas se encuentran muy raramente en la República Federal y es útil en este caso desviarse hacia Italia. Aquí podría aludirse

al ejemplo de la elevación de tarifas telefónicas que fracasó en base al principio constitucional de igualdad porque cargaba desproporcionadamente sobre los económicamente débiles. Pero basta de ejemplos: lo que pretendía es sólo poner de relieve que el texto normativo es sólo una parte (significativa) de la garantía de huelga. En manos de un Tribunal Constitucional, que ya a través de la elección de sus jueces se atiene a juicios de valor tradicionales, puede incluso degenerar fácilmente en una declaración vacía una amplia garantía. Hace falta una considerable presión social para evitar que un compromiso obtenido en la Constitución no sea eludido permanentemente en el derecho —una evolución de la que la República Federal suministra abundantes ejemplos—. Una amplia garantía de huelga tiene por tanto sólo la función de mejorar el punto de partida para futuras controversias: si un Tribunal Constitucional se aleja excesivamente de lo establecido en el texto, mediante una interpretación extensiva, entonces puede quebrar de forma considerable su base de legitimación. La garantía de huelga no es completa seguridad de que en condiciones peores se pueda desarrollar una huelga con la misma amplitud que hoy, pero dificulta el retroceso social. En este contexto hago una primera propuesta pragmática: puesto que España ratificará todas las previsiones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, puede resultar útil asumir la garantía de huelga del artículo 6, número 4, de la Carta Social. Ya que la interpretación de este precepto ha ganado unos sólidos contornos a través de la práctica constante del Comité de Expertos, sería especialmente difícil para la jurisprudencia de los tribunales españoles interpretar rectrictivamente preceptos idénticos o parecidos del derecho estatal interno. (Ello además aparece fortalecido por la importante pauta interpretativa que da el art. 10, 2, de la propia Constitución española.)

II. EL DERECHO DE HUELGA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

1. La formulación del artículo 28, apartado segundo, no permite claramente afirmar si se trata realmente de un derecho de huelga en el sentido de que el trabajador que detenga su trabajo actúe plenamente dentro del ordenamiento jurídico y si está libre de toda clase de sanciones. Por una parte determina el párrafo 2 que la ley regula el ejercicio del derecho de huelga, lo que puede significar, para interpretaciones poco bien pensantes, que sin regulación legal no puede ejercitarse de ninguna manera. Por otro lado existe el peligro, con referencia al artículo 53, apartado 1, de que el derecho de huelga sólo quede protegido del poder público, pero no impida las sanciones jurídico individuales y demás del empleador. No quiero decir con ello que ambos casos resulten necesariamente de la Constitución, pero una jurisprudencia enemiga de la huelga podría interpretar algo parecido, sin que pudiera acusársele de una abierta ruptura constitucional. Sería útil por ello una doble clarificación:

— El derecho de huelga debe contener también efectos contra tercero al igual que la libertad de asociación. Esto podría formularse de la si-

guiente forma: «quien abandone su trabajo en ejercicio del derecho de huelga actúa lícitamente» o que parecidamente con el Estatuto de los trabajadores italianos se prohibiera toda lesión del derecho de huelga, con independencia de quién la realice.

— En segundo lugar sería suficiente que se remitiera al legislador en cuanto a los modalidades de ejercicio. Con ello quedaría claro que la regulación legal no afectaría al ejercicio como tal sino a sus clases y extensión.

2. Si partimos de que el artículo 28, apartado 2, contiene una garantía de huelga inmediatamente vinculante con efecto también contra el empleador, entonces su formulación abarcará no sólo las huelgas sindicales sino también las no sindicales. La Constitución se orienta eminentemente hacia la concepción del derecho francés e italiano, donde el derecho de huelga se concibe como una facultad individual, que puede ser ejercitada en conjunción con otros trabajadores. Con razón habla el texto de «trabajadores», no de «sindicato». En esto se produce una coincidencia con el artículo 6, número 4, de la Carta Social Europea, que también comprende las huelgas no autorizadas por los órganos sindicales oficiales. Tal concepción tiene en cuenta el hecho de que la huelga es un medio elemental para la conformación de las condiciones de vida y de trabajo propias y por eso no puede ser relativizada a través de la mediación obligatoria de una determinada institución. Esto difiere esencialmente de la concepción predominante en la República Federal Alemana, a tenor de la cual debe existir un monopolio sindical de la huelga.

3. A tenor del texto del precepto no tiene relevancia contra quien se dirigen las pretensiones de los huelguistas. Incluso cuando no se tratara de condiciones de trabajo sería también legal la huelga que tuviera por objeto una determinada actuación del Parlamento y el Gobierno. Así, podría entrar en huelga un trabajador para forzar a la promulgación del Estatuto de los trabajadores previsto en el artículo 35, apartado 2. Esto se correspondería con la situación jurídica italiana, pero hay que alertar aquí de nuevo contra valoraciones demasiado optimistas: la jurisprudencia alemana y la doctrina dominante se colocan en el punto de partida de que la soberanía popular y la independencia de los diputados prohibiría cualquier huelga que se dirigiera contra el Parlamento y el Gobierno. Lo cual llega tan lejos como para declarar una huelga de cincuenta estudiantes en prácticas de tribunales como ilegal por pretender la reforma de la formación de los juristas legalmente regulada. Introducir parecidas ideas en España no parece demasiado ilusorio. Y lograr una clarificación del texto parece problemático por cuanto en la Carta Social Europea no se cubre con seguridad estos casos.

4. Tampoco se formula con rotundidad, a tenor de la redacción existente, la licitud de la huelga de solidaridad. La constricción a «sus» intereses significa que una acción totalmente altruista que apoyará sólo la lucha de otros trabajadores no estaría reconocida. En la práctica una manifestación de este tipo no suele ser frecuente, pues casi siempre existe al menos una influencia mediata en los propios huelguistas. Todo

depende de la interpretación de «intereses». Entendida en sentido amplio cubriría también una huelga con cuya ayuda fuera derrocada la Junta militar chilena, pero entendida en sentido estricto significaría que los huelguistas deberían beneficiarse inmediatamente del resultado de la huelga en sentido financiero. Incluso en este sentido restrictivo, sin embargo, quedaría comprendida una huelga de solidaridad internacional contra un consorcio multinacional por el artículo 28, apartado 2, pues la práctica de acciones de apoyo en este caso también fortalecería la propia posición negociadora y en consecuencia serviría a los propios intereses.

III. LIMITES AL DERECHO DE HUELGA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Las dificultades para determinar en concreto la extensión de la garantía de huelga continúan en la discusión de los límites. En esto hay que distinguir entre las limitaciones expresamente consideradas en el texto de la Constitución y las posibles limitaciones no escritas que pueden preverse por las experiencias extranjeras.

1. El artículo 28, apartado 2, señala el mantenimiento de los servicios necesarios para la comunidad como limitación concreta. La formulación está elegida con habilidad psicológica, pues fuerza a todo crítico en la posición impopular de querer poner en peligro la existencia de la comunidad. Sin embargo ello no debiera impedirnos someter la fórmula a una verificación, especialmente respecto a las experiencias germánicas.

Qué se entiende por «servicios esenciales de la comunidad» depende de diferentes valoraciones. Una opinión pública que partiera tradicionalmente de un Estado lo más fuerte posible, que otorgara una significación superior al orden como valor en sí mismo, llegaría fácilmente a la conclusión de que casi toda producción o servicio no totalmente insignificante sería esencial para la comunidad. Así, permitiría que se consideraran ilegales los paros en el ámbito de los medios de transportes, de la radio y la televisión, de las instituciones asistenciales en general por no hablar de la asistencia médica incluyendo a las farmacias. Una gran parte del sector servicios podría ser sustraído así del derecho de huelga.

La gran falta que comete esta concepción y de la que puede extraerse una crítica incluso en una opinión burguesa, es su manera de proceder excesivamente esquemática. Entre el cumplimiento de determinadas funciones imperativas y la actividad de una rama en su totalidad existe una diferencia esencial. Para aclararlo con un ejemplo: el derecho a poder informar a los medios públicos, es seguramente importante en el sentido del mantenimiento de la vida comunitaria. Esto no significa, sin embargo, de ninguna manera, que la demanda actual de noticias en la radio, la televisión y la prensa deba mantenerse al mismo nivel exactamente. La libertad de información del ciudadano queda asimismo reflejada cuando sólo aparecen emisiones de noticias o cortas notas de urgencia en algunos periódicos. Tampoco se pone en peligro la libertad de información cuando falta totalmente la prensa pero continúa su actividad la radio y la tele-

visión o cuando detienen su trabajo la radio y la televisión pero sin embargo aparece la prensa. Igual puede decirse en un servicio aparentemente necesario como el de la asistencia médica: también ahí existe la posibilidad de mantener por algún tiempo sólo los casos realmente urgentes, demorando los reconocimientos rutinarios y la cirugía estética durante el tiempo del conflicto colectivo. Así han ocurrido ya en la República Federal diversas huelgas de médicos sin que por eso haya sido dañado en su salud ningún paciente.

La discusión sobre estas limitaciones a la huelga debiera recalcar bastante más de lo usual, y desde un principio, la evidencia de que sindicatos y trabajadores están mínimamente dispuestos a dañar los intereses de otros conciudadanos a determinadas prestaciones de servicios. Podría ser una característica germánica, quizás, el que incluso durante las huelgas generales de la Revolución de 1918 y durante el golpe de 1920 se mantuvieran el suministro de agua y las panaderías, pero lo mismo señalamos aquí una autolimitación que puede encontrarse de otras maneras. Para una regulación jurídica hay dos vías:

— Por un lado podría pensarse en limitar en vez de al **cumplimiento de funciones esenciales de la comunidad,** a la conservación de intereses concretos de otros conciudadanos como por ejemplo el derecho a la salud o la libertad de información, etc. Esto significaría que en el caso concreto de una huelga sólo sería ilegal cuando dañara determinados derechos de tercero —en los que por supuesto no entrarían los intereses económicos del empleador—. El inconveniente de esta regulación está en que se fuerza en cada caso a una ponderación de bienes jurídicos, cuyo resultado es incierto y que otorga a la jurisprudencia cada vez mayores funciones.

— Más útil sería por tanto la segunda solución, que estaría en prever limitaciones estatales a la huelga sólo para el caso en que no se pusiera de acuerdo el interlocutor social sobre la organización de un servicio de mantenimiento. La extensión de este servicio de mantenimiento vendría expresada en un convenio colectivo, para que no pudiera provocar él mismo un conflicto colectivo.

Tal restricción de la competencia reguladora estatal, como encontramos por ejemplo en la constitución de empresa sueca, podría ser una aportación importante para reducir el poder definitorio de la jurisprudencia.

El texto de la Constitución española no contiene, junto a la ya discutida regulación, ninguna referencia específica para la huelga en la función pública. Por otra parte sería difícil de imaginar que el legislador niegue el derecho de asociación en su conjunto a determinadas categorías de funcionarios según el artículo 29, apartado 1, y, sin embargo, les reconozca el derecho de huelga. En interés de la seguridad jurídica sería útil, en verdad, simplificar los requisitos para la declaración de conflicto del artículo 28, apartado 2, y extender los principios ya discutidos a la función pública. Sólo a través de tal regulación podría ser también asumida la Carta Social Europea, que a tenor de una interpretación reiteradamente mantenida por el Consejo de Expertos y por otros órganos del Consejo de Europa garantiza también la huelga en la totalidad de la función pública.

3. Los observadores extranjeros nos quedamos bastante asombrados ante el artículo 55, apartado 1, que permite la suspensión de la huelga en estado de excepción y en estado de sitio. No está claro de ninguna forma por qué debe ser prohibida una huelga en estas situaciones, pues son indiscutiblemente compatibles con las necesidades de la comunidad en el sentido del artículo 28, apartado 2. Su necesidad no puede fundarse en la experiencia histórica: así el derecho de huelga permaneció intangible en Gran Bretaña y en Estados Unidos incluso durante la Segunda Guerra Mundial en principio, aunque sólo se hiciera de ella un uso muy reducido por motivos próximos. También la legislación alemana ha renunciado a prohibir la huelga en el estado de excepción: el artículo 9, apartado 3, párrafo 3, de la Ley Fundamental prohibe expresamente, por el contrario, que ciertas medidas excepcionales como la militarización se utilicen como arma contra la huelga. La regulación del artículo 55 es además discutible en relación con el artículo sobre el régimen de excepción en el Convenio europeo de Derechos Humanos (art. 15) y de la Carta Social Europea (artículo 30). Ambos presuponen que en caso de excepción una agresión a los derechos debe ser «absolutamente necesaria», limitación complementaria que no señala el artículo 55.

4. Junto a estas limitaciones fundamentales son pensables otras restricciones al derecho de huelga, que puedan resultar por vía de interpretación constitucional.

El artículo 37, apartado 1, prevé la «fuerza vinculante» de los convenios colectivos. Esto puede significar que durante el tiempo de vigencia de un convenio no pueda ser declarado ningún conflicto colectivo contra las condiciones laborales por él reguladas. Puede, además, significar que la jurisprudencia considere extensivamente el ámbito de lo «regulado», que acepte en muchos casos una vinculación tácita de cuestiones que se regulen en el texto del convenio colectivo. En la República Federal se ha mantenido, por ejemplo, que los preavisos más largos para trabajadores con mayor antigüedad que se regulaban en un convenio colectivo vigente, prohibían cualquier controversia que tuviera por objeto los motivos del despido de esos empleados con mayor antigüedad. La fuerza vinculante de los convenios colectivos puede así derivar hacia un amplio deber de paz, como conoce el derecho de trabajo alemán por obra de la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo. Si queremos contrarrestar una evolución parecida, sería recomendable permitir a los interlocutores sociales que ellos mismos decidieran sobre la extensión de la eficacia vinculante de los convenios colectivos.

Junto a ello existe la posibilidad de que la jurisprudencia considere la huelga como un supuesto de excepción y como una distorsión del buen orden, y que lo permita, por tanto, sólo como último medio. La jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo alemán ha desarrollado sobre esta base el llamado principio de proporcionalidad. A su tenor sólo serán lícitas las huelgas cuando todas las posibilidades pensables de negociación hayan sido agotadas y cuando el daño producido con la huelga no sea desproporcionado con el fin perseguido. Qué significa esto exactamente, no se

puede decir con seguridad, teniendo principalmente la función de forzar a los sindicatos a una política de contención, hasta un uso reducido del derecho de huelga. El riesgo a ser demandados, por huelgas no proporcionadas, a una indemnización de daños se considera tanto normalmente, que se cumplen voluntariamente todas las medidas imaginables. El presente texto del artículo 28, 2, no contiene ningún punto de referencia para la construcción de un principio de proporcionalidad, pero no se excluye en la actuación de los jueces. Para evitarlo, en la medida de lo posible, hubiera sido recomendable acentuar expresamente, en el texto de la Constitución, que sólo los trabajadores deciden sobre el momento y la extensión de la huelga.

El texto de la Constitución renuncia comprensiblemente a regular cuestiones tan detalladas como la de los interdictos contra huelgas y la intervención policial contra los huelguistas. Ello se corresponde con lo normalmente usual, de que el texto constitucional se contente con declaraciones de principios. Sin embargo no debe olvidarse que ambas formas sancionatorias pueden ser de central significación para el ejercicio práctico del derecho de huelga. El movimiento sindical americano ha hecho justamente de la prohibición de la «injuction» una reivindicación central y también en la República Federal se discute una regulación de este tipo, sin haber llegado todavía a ser ley. Debería tenerse presente también en el ámbito de la discusión española el conceder una inmunidad de este tipo a la huelga: de la misma forma que la libertad de expresión y de información no puede ser limitada por la censura previa, también debería excluirse que el ejercicio del derecho de huelga pudiera ser impedido previamente mediante un interdicto. La intervención policial debería también estar limitada a los casos en los que existiera un peligro inmediato para la vida o la salud de las personas.

IV. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL CIERRE PATRONAL, LIMITE AL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

1. Una limitación de la contramedida del empleador parece tanto más adecuada cuanto que la Constitución concede también al empleador medios de lucha en el artículo 37, apartado 2, bajo los cuales —parece entenderse especialmente el cierre— (cfr. art. 55, 1).

En principio una observación: la garantía constitucional del cierre es en mi opinión una novedad. La Constitución francesa y la italiana sólo garantizan el derecho de huelga, la Constitución alemana y la mayoría de las Constituciones de los Estados alemanes silencian el cierre, y la Constitución del Estado de Hessen la prohibe expresamente. El legislador sueco la permite como reacción a la huelga y también la jurisprudencia alemana la acepta: sin embargo no se ha llegado tan lejos como para elevarlo al rango del derecho fundamental constitucional. En el marco de la Carta Social Europea se discute si el artículo 6, número 4, comprende también el cierre entre las medidas colectivas asignadas al empleador.

2. Por lo que se refiere a una valoración político constitucional del cierre, se parte frecuentemente en la discusión del presupuesto falso de que el cierre sería la única contramedida del empleador frente a la huelga. Si en vez de esto intentamos determinar el campo de juego del empleador en la realidad social existente, resultará un cuadro muy distinto.

El empleador tiene en principio la evidente posibilidad, no discutida por nadie, de interrumpir el pago de los salarios durante la huelga y aguardar los acontecimientos posteriores. Ya tal comportamiento pasivo puede ejercer una considerable presión sobre los trabajadores: sin el salario, se sustrae al trabajador individual el único medio de subsistencia y debe vivir de eventuales ahorros y en caso necesario de la beneficencia. Lo cual supone para él típicamente una drástica reducción de su estándar de vida; sus obligaciones de larga duración como las compras a plazos no pueden ya ser cumplidas, el alquiler no puede ser pagado, los gastos de educación de los hijos no pueden tampoco ser asumidos. Las necesidades del momento desde ir al cine hasta comprar comestibles deben reducirse —el individuo queda afectado en forma muy sensible y tangible en su vida diaria y en su personalidad—. Situaciones parecidas no se pueden predicar del empleador. La huelga trae consigo una pérdida de ganancias que puede ser mayor o menor según la naturaleza de la empresa: mientras por ejemplo en los servicios y la prensa se pierden todos los ingresos que fueran posibles durante el tiempo de huelga, en el ámbito de la producción existe a menudo la posibilidad de recuperar las horas perdidas por la huelga y así minorar las pérdidas o incluso evitarlas. En ningún caso resulta sin embargo afectado el empleador en su estándar de vida personal —la huelga afecta en el peor de los casos al balance, pero no al modo de vida personal—. Con esto queda ya patente que la «perseverancia» del empleador trae más perjuicios para el trabajador que para él mismo.

3. El empleador tiene además en muchos casos la posibilidad de repercutir la subida salarial en los precios y con ello anular el resultado. Si los salarios tienen una subida general de un 8 por 100 como término medio y las empresas elevan a continuación los precios en un 10 por 100 entonces ha bajado en unidad el salario en un 2 por 100. Los empleadores mantienen la palanca más larga, incluso aunque renunciaran al cierre.

4. El empleador tiene además la posibilidad en verdad no expresamente garantizada, pero tampoco discutida, de no invertir más en la empresa en huelga como reacción a un conflicto colectivo. Normalmente significa que la empresa afectada se retrasa en el desarrollo tecnológico y con ello también deviene sin interés bajo el punto de vista comercial. En el curso de algunos años puede terminar en la disolución y con ello en la supresión de todos los puestos de trabajo. Tal reacción tiene importancia sobre todo en los grandes consorcios nacionales y multinacionales, que tienen en cuenta también las pérdidas financieras a causa de sus futuras inversiones. La amenaza de una huelga de inversiones no siempre es posible, pero muy bien puede en casos singulares empujar el peso decisivo en favor del empleador.

DEPARTAMENTO

5. En una serie de supuestos debe tenerse, finalmente, en cuenta también la dislocación productiva. Ello se presenta sobre todo en los sectores donde no se precisa mano de obra cualificada. Podría pensarse en la dislocación de aspectos singulares de la producción; en la producción en la industria textil y electrónica, en los países de sueldos bajos, ya se conoce en la actualidad pero podría venir forzada como reacción a una huelga de larga duración. La amenaza de tal medida podría conducir a una amplia desvaloración del derecho de huelga.

A la vista de este arsenal de armas parece la licitud del cierre una forma de «overkil», como un medio suplementario de cimentar la subordinación del trabajador. El que se sienta comprometido en el progreso social, nunca podrá aceptar el cierre.

VIII

LA LIBERTAD SINDICAL EN LA CONSTITUCION

MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO
Catedrático Numerario de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla

I. CONFIGURACION DE LOS SINDICATOS

1. Los términos nuevos en que con la implantación de la democracia se plantean las relaciones laborales, pasan por la aceptación del conflicto y por la admisión de los fenómenos sindicales. En tal sentido puede decirse que éste es el cambio más radical respecto al derecho del trabajo franquista. Este era una mezcla de derecho contractual liberal y de regulación de orden y protección de las relaciones laborales de matiz social-conservador. La armonía impuesta de intereses obrero-patronales y la mística del bien común, habían cortado cualquier posibilidad de emancipación de los trabajadores por medio de su organización y su acción. La libertad sindical fue suprimida sin contemplaciones por el régimen de Franco, y la prohibición de los sindicatos fue implantada con especial severidad, pese a lo cual se dio un resurgir del movimiento obrero tan dificultado y traumático como decidido y militante. Cabría decir en síntesis que la lucha por la libertad sindical es uno de los más importantes factores de movilización frente al régimen y en favor de la democracia, y es esa lucha uno de los factores de politización de las relaciones laborales que caracterizó a éstas a partir de la década de los sesenta.

En consecuencia, más que de un reconocimiento progresivo del hecho sindical, puede hablarse entre nosotros de una ineficacia progresiva del no reconocimiento del hecho sindical, que hizo posible la formación de estructuras sindicales en la clandestinidad que pudieron ya en la fase de transición lograr un espectacular desarrollo en la legalidad, consiguiéndose un grado de organización y de acción muy similar al de muchos países de larga tradición democrática y sindical.

Con lo anterior sólo quiero indicar dos premisas: la primera es la de que la libertad sindical adquiere un significado central en la instauración mediante la Constitución de una sociedad democrática, que conserva

aún entre nosotros el viejo significado de conquista obrera, lo que explica, como veremos luego, su enfoque marcadamente individual y liberal. Por otro lado que la afirmación progresiva de la clase obrera a través de sus organizaciones políticas y las organizaciones sindicales no ha necesitado de la Constitución, se ha podido desarrollar antes de promulgarse ésta, lo que no empece a que la garantía constitucional siga conservando su plena importancia, ni a que desde la Constitución se imponga la supresión de los obstáculos y dificultades que aún encuentra el sindicato para su completa implantación y el consiguiente cumplimiento de sus fines.

2. Esta circunstancia explica el que el texto constitucional hable de los sindicatos, dando ya por sentado lo que son y sin preocuparse por definir con precisión su concepto, más bien se acepta una noción ya elaborada por la realidad social. No obstante a través del articulado podemos encontrar algunas pistas complementarias para confirmar o rectificar esa conceptuación social del fenómeno.

Por de pronto es claro que la expresión «sindicato» se utiliza en la Constitución para referirse solamente a una determinada organización profesional de trabajadores, no todas las organizaciones profesionales tienen el carácter de sindicato, ni desde luego pueden considerarse como sindicato las asociaciones patronales, ni los colegios profesionales (regulados en el art. 36) ni las organizaciones profesionales «no sindicales» que defienden intereses predominantemente económico-profesionales (a los que se refiere el art. 52).

En tal sentido, la Constitución a la vez que admite el postulado básico de las concepciones pluralistas (art. 6), «según el cual la organización social resulta de la aportación de grupos diversos, ninguno de los cuales puede pretender representar de modo exclusivo los intereses generales de la colectividad», al mismo tiempo rechaza la hipótesis liberal de la igualdad y equilibrio o balance de poderes y por ello «reconoce la prevalencia objetiva de los intereses representados de los trabajadores subordinados y la necesidad de su consideración particular por el ordenamiento» (Treu). La situación insatisfactoria en la sociedad de los prestadores de trabajo, su importante participación en el proceso productivo, el que sean numéricamente mayoría por lo que sus intereses se acercan más a los intereses generales que los de otras organizaciones profesionales más elitistas y por ello más egoístas, son entre otras las razones por las que la Constitución de un Estado que se llama social, si no ha llegado, como por ejemplo nuestra Constitución de 1931, a una valorización del trabajo como tal, sí lo ha hecho respecto a la valorización de sus organizaciones, con el consiguiente reforzamiento de éstas y de sus específicos y propios instrumentos.

La visión y tratamiento diferenciado del sindicato se encunentra ya en el artículo 7, pero sobre todo se exterioriza en el artículo 28, 1, cuya situación sistemática le da una muy particular importancia como auténtica libertad fundamental. Por ello mismo tiene especial interés el delimitar las fronteras del sindicato, diferenciándolo de otras organizaciones profe-

sionales, incluso de trabajadores que no son objeto de una tutela tan especial.

3. Desde luego en todo sindicato, aunque no sólo en éste, existe un elemento finalístico al que hace referencia, bajo una fórmula no muy feliz, el artículo 7 al hablar de que «contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios». La expresión «contribuyen» utilizada en todas las diversas redacciones del artículo, posiblemente tenía la intención en sus redactores de dejar en una posición subordinada y complementaria a los sindicatos frente a los poderes públicos, pero también permite una lectura progresiva de forma que se entienda que la función del sindicato es «sustancialmente valorable sobre el plano político-constitucional como competencia concurrente con la del Estado a determinar el desarrollo de la situación global de las relaciones sociales» (Mengoni).

En cualquier caso queda claro el objeto sindical de «defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios», fórmula algo distinta de la del artículo 10 del Convenio 87 («fomentar y defender los intereses de los trabajadores»), pero ésta habrá de servir como criterio interpretativo especialmente útil para entender aquélla (cfr. art. 10, 2).

Como es sabido con el sindicato los trabajadores que deciden organizarse están decidiendo también que la organización sindical sea la que consiga la satisfacción de unos intereses comunes no obtenible por cada uno de ellos individualmente. La organización facilita por de pronto la formación interna de una voluntad colectiva que permita la definición del interés del colectivo, de cuya voluntad y de cuyo interés el sindicato se convierte en portavoz, y en tal sentido se habla de representación sindical como fenómeno de exteriorización del interés colectivo cuya satisfacción se persigue, término que en el artículo 33 se utiliza, aunque el adjetivo sindical que figurara en el anteproyecto se haya omitido, lo que no deja de ser significativo, pero no en el sentido de que los sindicatos no sean una representación de trabajadores, sino en el de que son posibles otras formas de representación ajenas al sindicato en sentido estricto.

Pero el sindicato además de un fenómeno de representación es un instrumento de «defensa». Con el sindicato no se trata sólo de exteriorizar las opiniones, deseos y aspiraciones del grupo para que sean tenidos en cuenta (tal, en teoría, puede ser el papel de los instrumentos participativos de mero carácter consultivo), sino que tiene reconocida la función de la «defensa» de los intereses, intenta lograr mediante su actuación que sean efectivamente satisfechos. El sindicato no adopta una postura pasiva y paciente, sino que debe además tratar de conseguir por sus propios medios que sean satisfechas sus pretensiones. Existe un fenómeno de autodefensa por los propios medios, por eso los sindicatos se llamaron originariamente sociedades de resistencia. El sindicato es una autoorganización de la defensa de los intereses del trabajador a través de la configuración de un poder sindical, que actúa como contrapoder en «ejecución social» (Sinzheimer), en organización y «lucha» de los trabajadores. El sindicato

es pues una **coalición** en el sentido genérico y originario del término, es una organización de resistencia y de combate que presupone una movilización potencial «frente a».

El sindicato no se puede entender sin hacer referencia a su punto de partida, al proceso de emancipación de la clase trabajadora que dio lugar al fenómeno histórico conocido como movimiento obrero, y a la contraposición conflictiva con el empresario o contraparte de los trabajadores en los contratos de trabajo y contraparte o «interlocutor social» del sindicato. El propósito del sindicato es precisamente el crear una fuerza social que contrarreste a las fuerzas y poderes sociales empresariales que dominan y condicionan la estructuración actual del trabajo y de la sociedad en el sistema de producción vigente.

El artículo 7 es a la vez clarificador y equívoco; clarificador porque alude expresamente a la defensa y promoción, y deja fuera de duda la diferenciación básica entre sindicato y asociación patronal que son tratadas paralela pero diferenciadamente en el precepto; pero es equívoco porque la referencia a intereses económicos y sociales es lo suficientemente ambigua como para dar pie a una interpretación restrictiva del papel del sindicato en una visión económico-corporativa de pura representación y promoción estrictamente económico-laborales. Sin embargo, frente a ese intento de disinguir el área de lo sindical mediante una definición apriorística y restrictiva de los fines propios del sindicato referidos a la promoción de intereses estrictamente económico-profesionales, cabe aducir por de pronto la propia referencia a «que le son propios», volviendo a la propia sustancia histórica y prenormativa del sindicato la definición de sus propios fines. En efecto, no responde ni a la historia ni a la realidad actual la reducción de lo sindical a la mera defensa de intereses profesionales, e incluso aparece como irreversible, como «no exorcisable» por ser una realidad con la que nos enfrentamos, la mezcla de los fines económicos y políticos (pensemos por ejemplo la crítica generalmente formulada por no haber tenido acceso directo los sindicatos a los llamados Pactos de la Moncloa) y contemplemos la expansión de los objetivos sindicales a una serie de materias tradicionalmente ajenas al sindicato y que expresan la voluntad de éste de colaborar en la transformación de las relaciones de poder en la sociedad. No obstante, debe reconocerse que el objetivo central del sindicato es la tutela de los intereses más específicos y directos del trabajo, tratando de reducir, sobre todo a través de la acción negocial, los resultados negativos del actual modo de producción. Pero no se reduce sólo a esto y por ello, por ejemplo desde la propia Constitución, es llamado a intervenir en una decisión tan estrictamente política como es la elaboración de la planificación económica.

4. Ya he dicho que el sindicato busca la efectividad de la autotutela mediante su propia acción, mediante la movilización potencial o actual del colectivo, ello supone que el sindicato viene definido no sólo por sus fines sino también por sus medios, por sus instrumentos típicos a través de los cuales encuentra su fundamento real y fáctico el poder autónomo del sindicato. La expresión «autotutela de los intereses del trabajo» no sólo ex-

presa el fin genérico del sindicato, sino sus medios o instrumentos específicos que son a la postre los que permiten diferenciar al sindicato de otras organizaciones profesionales que carecen de este carácter de sociedad de resistencia. Por ello no deja de tener un importante valor sistemático la inclusión en un mismo artículo (el 28) de la libertad sindical y el derecho de huelga, ello no supone evidentemente el conceder un monopolio del poder de huelga a los sindicatos, pero sí nos indica que a éste corresponde principalmente la utilización de este instrumento, que le permite exteriorizar una postura de oposición basada en una solidaridad y capaz de «dar una nueva dimensión», según una lógica de conflicto, a las posiciones empresariales, al control de las condiciones de trabajo, lográndose así como se ha dicho la efectividad de la propia acción de autotutela.

Desl propio artículo 28 se deduce que para el constituyente no es indiferente esa efectividad, por ello no se limita a permitir que con el ejercicio de la libertad sindical se desarrollen formas de autotutela, sino que trata de promover esa efectividad reconociéndoles y garantizándoles unos medios específicos de acción, pues a través de esa acción se logra el objetivo constitucional de la búsqueda de una igualdad sustancial, de una lucha contra las desigualdades, y la protección y defensa de los valores e intereses del trabajo. A través del sindicato se logra una mayor igualdad y justicia, por ello mismo un perfeccionamiento progresivo de la sociedad. Como ha subrayado Abendroth si se quiere mantener el equilibrio del logro social y político en una democracia hay que dar a los sindicatos, orientados a la representación combativa y solidaria de los intereses de los trabajadores, por su significado social y político, un trato diferente al de otras organizaciones y asociaciones que rechazan esos objetivos y se oponen conscientemente al concepto de solidaridad combativa de todos los trabajadores, por basarse en un mero pensamiento estamental. Este es precisamente el papel del artículo 28 que supera el trato meramente igualitario de las organizaciones profesionales que contiene el artículo 7.

Es la posición dialéctica del sindicato, su carácter de movilización potencial, el antagonismo de su función, lo que convierte al sindicato en una institución «combativa», es decir apta para adoptar medidas de contienda y, en función de la misma, capacidad de negociación colectiva. Sin uno y otro medio difícilmente podría hablarse de autotutela colectiva de los intereses del trabajo, y por ello del sindicato, que como se deduce del artículo 28 no es una mera representación corporativa de intereses del trabajo, una mera organización profesional, sino una manifestación de emancipación y protesta obrera, de derecho de resistencia frente a la opresión del orden social. Exteriorización y manifestación del propio conflicto social, el sindicato se presenta como contrapoder frente a otros poderes sociales ya constituidos y permite a los trabajadores el actuar como colectividad, como auténtico contrapoder social.

5. En suma, en la Constitución podemos encontrar tres datos para definir al sindicato: el subjetivo, del colectivo de trabajadores, el finalístico de la defensa y promoción de los intereses de aquéllos y el instrumental, o sea mediante una resistencia o confrontación con el empresariado para

lograr una autotutela colectiva de los intereses del trabajo, consiguiendo, pero no sólo, una regulación satisfactoria de las condiciones de trabajo.

En efecto, a través del consenso, en la Constitución parece haberse ido más allá de una formulación paleoliberal del sindicato como puro instrumento de defensa y tutela del trabajador en el marco del contrato de trabajo y tanto la colocación sistemática del artículo 7, la formulación de la libertad sindical y del derecho de huelga como libertad fundamental contenida en el capítulo I del título I, como la misma llamada al sindicato para participar en la elaboración de las bases de la política económica, supone la aceptación del papel propio del sindicato en el cuadro de las instituciones básicas de la sociedad y como titular de una función propia para la realización de sus propios objetivos sociales.

6. Un cuarto elemento menos explícito es el de la forma organizativa necesaria para formar al sindicato. Evidentemente, éste requiere una organización y la propia práctica ha demostrado la posibilidad de que los grupos obreros adopten formas muy variadas de organización, desde las más embrionarias (comité «ad hoc» para ser portavoz en una huelga) a las más complejas (asociación). En otro lugar me he ocupado en aclarar cómo existen conceptual y realmente diversas formas organizativas que puede adoptar el sujeto sindical, por eso no insistiré en ello, sino tan sólo indico la existencia de este particular problema. La doctrina italiana en base a la dicción de su Constitución que habla de que la «organización sindical» es libre, ha podido afirmar que el constituyente «en coherencia con la afirmación del principio de libertad no ha determinado a priori los modos en los que el grupo debe organizarse... sino que ha querido dejar árbitro de tal elección al grupo» (Giugni). Ello permite calificar como organización sindical no sólo a la asociación sindical sino a una coalición de trabajadores o incluso un consejo de fábrica siempre que mire a la autotutela de los intereses del grupo.

Nuestra Constitución habla al contrario de «sindicatos» sin especificar nada ni en lo referente a la forma organizativa específica, ni a su cualificación como persona jurídica. Ante ello son posibles dos soluciones. Por un lado, cabría entender que el elemento organizativo no sería muy significativo, bastando que existiera una organización del tipo que sea, pero sin requerirse que sea una forma organizativa determinada ni la posesión de personalidad jurídica. Siempre que el fin del grupo apareciera como elemento unificador, como centro autónomo de referencia o de imputación de los efectos jurídicos producidos por la actividad del grupo, dirigida a la autotutela de intereses del trabajo estaríamos ante un «sindicato» constitucionalmente protegido por la Constitución y, en particular, por el artículo 28. Las asambleas, comités, coaliciones, coordinadoras, etc., que han funcionado y aún funcionan entre nosotros, verían así constitucionalmente protegida su existencia y funcionamiento en paridad co las típicas asociacioes sindicales.

La segunda solución sería la de entender el sindicato en el sentido más técnico del término, es decir referido sólo a organizaciones obreras configuradas en forma permanente por medio de una estructura asociativa. Sin-

dicatos sólo serían los sindicatos en sentido estricto, esto es, configurados en forma asociativa, lo que supone no sólo una configuración formal sino una «lógica organizativa», basada en la libertad de asociación, en un contrato asociativo, en una organización estable con órganos permanentes, en una gestión democrática sobre la base del principio de mayoría y, en nuestro ordenamiento, la normal obtención de la personalidad jurídica.

Si conceptualmente cabe sostener la primera solución, y si en el marco de las libertades que admite la Constitución podrán tener cabida otras organizaciones obreras (aún más cuando la Constitución no otorga al sindicato un monopolio en materia de negociación colectiva, ni de ejercicio del derecho de huelga), sin embargo, también ha de aceptarse que cuando la Constitución se refiere, en los artículos 7, 131, 2, y, sobre todo, en el artículo 28, a sindicatos lo está haciendo no a cualquier organización obrera, relativizando el elemento organizativo, y dejando a la iniciativa del propio grupo la forma organizativa que considere en cada momento más efectiva y más adecuada. Antes bien, el propósito del constituyente parece moverse en otra dirección, la de privilegiar y fomentar una precisa forma organizativa que es la asociativa, la que históricamente ha caracterizado también a nuestros sindicatos.

En este sentido parece claro que cara a la realidad presente el constituyente ha elegido una forma precisa de organización obrera, la constituida por el sindicato, frente a otras formas que han aparecido en los últimos tiempos pero que no parecen gozar del mismo favor constitucional; me refiero en particular a las formas embrionarias de organización obrera constitutivas de coaliciones o agrupaciones intermitentes de trabajadores, que bajo el movimiento espontaneísta-asambleario se utilizó preferentemente frente a las formas de representación profesional impuestas por el franquismo.

7. Cuando el artículo 7 habla de «sindicatos de trabajadores» no puede hacer sino referirse a la propia realidad social y es ésta la que indica que el sindicato es una forma específica de organización obrera regulada además formalmente ya por una disciplina legal específica, la contenida en la Ley de 1 de abril de 1977, de asociaciones profesionales. El reconocimiento constitucional del sindicato parece hacer referencia sólo a este supuesto específico de organización y las otras formas organizativas cuanto más quedarían influidas en la mención «demás organizaciones profesionales». Se podría argumentar en contra que el artículo 7 al hablar de sindicato no menciona, como hace al hablar de las patronales, a «asociaciones», pero tal mención refuerza, al contrario, la interpretación que se propone, puesto que si sistemáticamente se ponen al lado de otras formas asociativas, con la expresión sindicato parece referirse así sólo a las asociaciones sindicales.

Pero donde la duda desaparece es en la dicción del artículo 28, 1, todo el cual al hablar de «sindicarse», de «fundar sindicatos», de «afiliarse al de su elección», del «derecho de los sindicatos a formar confederaciones sindicales» o del derecho a no «afiliarse a un sindicato», sólo puede estar hablando de un sujeto sindical que adopte una estructura asociativa.

Evidentemente, en esta clara opción en favor de una determinada for-

ma de sujeto sindical hay bastante de lo que hoy llamaríamos legislación de apoyo o sostenimiento. Tras ello está la convicción de que debe ampararse especialmente a esta forma histórica, privilegiando por ello a la misma. Las razones de esta decisión, en la que parece haber existido también consenso, pueden ser contradictorias. Por un lado, se ha podido entender que para los propios trabajadores la forma asociativa es una forma más estable y efectiva, puesto que la estructura asociativa no sólo da una estabilidad, una permanencia y una organización disciplinada al grupo, sino que también permite asegurar, mediante su base de acuerdo contractual, el ejercicio de la libertad individual de asociación, y por basarse en la libertad contractual asegura al sindicato una total independencia frente a poderes exteriores y un pleno autogobierno interno. Por otro lado, la propia estructura asociativa, aplicada a niveles no primarios, permite a su vez la agrupación de diversos sindicatos en una organización unificante, compleja que respete, sn embargo, la entidad propia de esos sujetos, y ello es una necesidad sentida en toda su historia por el movimiento sindical.

Pero una segunda valoración es de otro signo, y no cabe duda que también ha sido tenida en cuenta por el constituyente. La asociación al tener órganos permanentes, domicilio propio, una posible identificación de los asociados, etc., que le permite actuar a la luz pública, ofrece un grado de publicidad y seguridad que hacen a este tipo de organización menos «peligrosa» y desestabilizadora que otras formas organizativas difícilmente integrables en el marco social. En la medida que no logra rechazar o negar el movimieno sindical, nuestra sociedad trata al menos de absorberlo o integrarlo, intentando que cumpla una función subordinada. La legalización del sindicato reducido a una forma asociativa específica (al que, según veremos, se le quiere dar además un matíz económico-corporativo) puede facilitar ese propósito, lo cual no quiere decir que no sean por ello lícitas otras formas de organización obrera que encuentran encuadre en otros preceptos constitucionales. Lo que es claro es que el ordenamiento constitucional no facilita, sino todo lo contrario, una alternativa organizativa a la típica y tradicional estructura asociativa. Muy posiblemente por pensar que los sindicatos se configuran hoy como social-reformistas, y no como socialistas revolucionarios (Wiethoiter).

II. LA LIBERTAD SINDICAL

8. Entrando ya en el tema de la libertad sindical, recordemos que la misma se articula en el texto constitucional en tres preceptos, el artículo 7, el artículo 28 y el artículo 10, 2, que fija una importante regla de interpretación de esta libertad como remisión a la normativa internacional.

Ya de una primera lectura de estas disposiciones cabe comprobar el tratamiento específico e incluso privilegiado que la Constitución da a los fenómenos sindicales. No se trata ya sólo, como ocurriría desde una óptica estrictamente liberal, de asegurar el derecho individual del trabajador permitiéndole asociarse con otros trabajadores, pues para ello hubiera sido

suficiente la genérica y amplia admisión que el artículo 22 hace del derecho de asociación. Se ha estimado que el sindicato necesita de una especial protección y ello no sólo porque esto es imprescindible para la existencia del mismo, sino también por un juicio de valor favorable a los fenómenos sindicales, pues por medio de la autotutela de los intereses del trabajo se logran los objetivos constitucionales de lucha contra la desigualdad y la protección y defensa de los intereses del trabajo, admitiéndose el sindicato así como instrumento para la consecución de una sociedad más justa, más libre, más segura y en la que se promueva el bien de cuantos la integran, como el Preámbulo de la Constitución propone.

Precisamente el que a través de la libertad sindical tienda a protegerse un fenómeno tan complejo como el sindical, explica que la propia libertad sindical posea una extremada complejidad, que no se reduce por el reconocimiento constitucional por separado de los derechos de huelga y de negociación colectiva. La libertad sindical como tal integra un derecho de organización y actuación colectiva que parte de decisiones y conductas individuales, es por un lado un derecho individual que sólo puede ejercerse colectivamente, pero también un derecho colectivo que sólo puede ser actuado mediante decisiones individuales. Tiene razón Verdier cuando afirma que la libertad sindical es tanto individual como colectiva, tanto facilidad de agruparse como derecho de acción, tanto instrumento de defensa de intereses como medio de participación. Esto significa, pues, que no puede reducirse la libertad sindical a la necesaria e imprescindible protección de la libertad individual de decisión del trabajador a sindicarse, sino que incluye también una regla de protección social que se dirige a la tutela colectiva de la propia existencia y actividad del grupo (Potthoff).

Conviene recordar esto para evitar una lectura precipitada de la Constitución en clave individual. Evidentemente ésta al sentar el principio de libertad sindical adopta una clara postura de contraposición con los principios que habían inspirado el llamado «sindicato vertical» franquista, que desconocía esta libertad y encuadraba forzosamente a trabajadores y empresarios en unas organizaciones públicas controladas estrictamente por el Estado. Como las sanciones frente a los intentos de organizarse libremente a los trabajadores repercutían directamente en los individuos es lógico que se privilegie como premisa necesaria el derecho individual de organización y especialmente frente al Estado. Pero esta libertad configurada como un derecho subjetivo público, no se limita a garantizar al individuo frente al Estado la posibilidad de sindicarse (haciendo inconstitucional cualquier medida estatal que tiende a lesionar o limitar el ejercicio de este derecho), sino que la operatividad de este derecho no se agota, como recuerda Giugni, «sólo en la garantía contra intervenciones limitativas de la libertad sindical por parte del Estado, sino que se desarrolla también en las relaciones intersubjetivas de carácter privado». O dicho de otro modo, como derecho fundamental que es la libertad sindical, no sólo vincula a los «poderes públicos» (art. 53) sino que tiene efectos en las relaciones privadas, vinculando también a terceros como al propio empresario.

Por otro lado, y no hubiera sido necesaria la dicción del artículo 7 por

la remisión que hace el artículo 10, 2, es claro que la libertad sindical que nuestra Constitución garantiza protege no sólo al individuo sino al grupo sindical, al propio sindicato, el ejercicio de su actividad «es libre». Parece con ello aceptarse una afirmación de Lowisch de que la libertad sindical es más que una esfera libre de ingerencia estatal, es más bien una garantía con contenido constitucional socio-económico, a través del cual debe constituirse un determinado orden socio-económico.

Con estas premisas y reservas y a efectos de claridad de exposición distinguiremos los dos planos de la libertad sindical, en la práctica tan estrechamente relacionados, el plano individual y el plano colectivo.

A) La libertad sindical en el plano individual

9. Según el artículo 28, 1, «todos tienen derecho a sindicarse libremente». Este derecho incluye y concede al individuo la facultad de «fundar sindicatos», afiliarse libremente «al de su elección» en los ya existentes. El párrafo termina indicando que «nadie podría ser obligado a afiliarse a un sindicato».

En la redacción originaria del precepto es aún más evidente la influencia del artículo 2, del Convenio 87, que aún se observa en el texto definitivo. Es evidente que el artículo 28, 1, insiste sobre todo en los aspectos individuales de la libertad sindical, mientras que la libertad de organización y de actividad del sindicato que contiene el artículo 3 del citado convenio se incluye, aparte del valor interpretativo resultante del artículo 10, 2, en el artículo 7.

El derecho de sindicación, según el artículo 28, 1, es protegido para «todos», esta expresión genérica significa reconocer el derecho de sindicación como un derecho absoluto de la persona, pero no debe ser entendido literalmente en el sentido de que no se requiera ninguna calificación social o profesional para acceder efectivamente a ese derecho. La expresión «todos» debe ser completada con la que figura en el artículo 7 de «trabajadores», de forma que el derecho de sindicación se vincula a la persona humana pero en su situación social de trabajador, aunque interpretando el término muy genéricamente, haciendo referencia como el artículo 9, III, 1, de la Ley Fundamental alemana a todas las profesiones, y por ello cabrá decir que el derecho de sindicación alcanza a todos los individuos en tanto que profesionales en el ejercicio de su actividad laboral.

La expresión constitucional «todos» parece hacer referencia específica a sólo personas físicas, lo que se corresponde además con la propia sustancia del sindicato, como asociación de trabajadores que son siempre personas físicas, otro caso sería el de las asociaciones de empresarios, pero éstas, en nuestra opinión, no resultan expresamente protegidas por este artículo, sino que, como antes se dijo, se encuadran genéricamente dentro del derecho de asociación. La expresión «todos» por otro lado implícitamente supone que ninguna condición especial de nacionalidad es

exigida para ser titular del derecho, por lo que los extranjeros están incluidos también en la protección constitucional.

El alcance del derecho de sindicación es amplísimo e incluye todo tipo de trabajadores, subordinados o no, incluso aquéllos sometidos a colegiación, ya que la coexistencia de colegios y sindicatos está prevista en el artículo 7 sin recíproca exclusión. Sin embargo, la Constitución va a recortar ese alcance mediante una importante excepción y una importante modalización.

10. La excepción que sólo era implícita en la redacción orginaria del precepto, alcanza ahora a las «fuerzas o institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar». La excepción no es directa sino indirecta, se permite a la ley el «limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a aquéllos». No sólo el juego de las fuerzas reales sino una determinada concepción de lo castrense explican esta excepción que, sin embargo, no es directa ni radical, sino indirecta. La regulación permite tres posibilidades, primera la de no ejercicio por el legislador de la facultad que el precepto le concede, con lo que se admitiría la sindicación de estos profesionales; la segunda posibilidad consistirá en «limitar» para ellos el derecho de sindicación, tal limitación puede ser subjetiva (ciertos grados), o significar especiales requisitos o condicionamientos formales para la sindicación, o para las funciones o funcionamiento de estos sndicatos; la tercera solución, la más radical y rigurosa, sería la exclusión total del derecho de sindicación, situación que es la actual para las Fuerzas Armadas.

El tema es especialmente delicado, pero en una valoración estrictamente política, la sindicación de estos profesionales, y en particular de la policía, ha sido vista en otros países como un instrumento de su democratización y acercamiento a la problemática social de la mayoría de la población.

Mucho más grave por su rigurosidad es la disposición contenida en el artículo 127, 1, que prohibe directamente y sin reservas la sindicación de los jueces y magistrados, remitiendo a la ley el establecer el sistema y modalidades de su asociación profesional. Esta norma es difícilmente compatible con la normativa internacional al propósito, y desde luego presupone una visión paleoconservadora del «veto» de los jueces.

11. Respecto a los demás funcionarios públicos nuestra Constitución no faculta, sino que parece imponer al legislador el regular las peculiaridades del ejercicio de la libertad sindical para los funcionarios públicos, y ello no sólo en el propio artículo 28, 1, sino en el propio artículo 103, 3, que dice que «la ley regulará... las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación», repitiendo así casi literalmente lo expresado por el propio artículo 28, 1. Desde luego, de estos dos artículos se deduce con claridad que los funcionarios públicos tienen reconocido el derecho de sindicación, habiéndose solventado las pretendidas dificultades políticas y jurídicas que durante decenios han impedido la sindicación de los funcionarios. Sin embargo, se admiten «peculiaridades» para el ejercicio de este derecho de sindicación, aunque no se dice, dejándose al criterio del legislador, en qué consistan estas peculiaridades. En cualquier caso, la interpretación preceptiva de la normativa internacional, y la colocación siste-

mática de la doble referencia a las peculiaridades, permite afirmar que tales peculiaridades, que no límites, deben ser compatibles en cualquier caso con el derecho de sindicación que le es reconocido.

Por otro lado no parece referirse específicamente, aunque quizá haya sido este el propósito, al tema de la huelga ni a la negociación colectiva que es objeto de otros preceptos. Tampoco parecen hacer referencia las peculiaridades necesariamente a la posibilidad de federación o confederación de los sindicatos de funcionarios, pues tampoco aquí se hace ninguna salvedad. Con ello las peculiaridades pueden o referirse a especiales requisitos formales para la constitución de sindicatos de funcionarios, o al ejercicio de la actividad sindical dentro de los centros de trabajo por parte de los funcionarios públicos, es decir a la acción sindical en el seno de la Administración pública, que puede estar sometida a una normativa «peculiar» diversa de la correspondiente a los demás trabajadores.

En cualquier caso, a partir de la Constitución queda abierto un proceso de «penetración del derecho del trabajo en la función pública» (Saint-Jours), facilitada además por el hecho de que falta, como en la **Grundgesetz** alemana, una específica protección constitucional de los principios tradicionales de la función pública, cuyo régimen jurídico, con las solas peculiaridades contenidas en el artículo 103, 3, y en el artículo 149, 1, 18.° (régimen estatutario) igualdad ante el acceso (cfr. art. 32, 2), incompatibilidades, garantías de imparcialidad, puede acercarse cada vez más al de los demás trabajadores.

12. Fuera de estos casos especiales **todos** tienen el derecho a sindicarse «libremente», no es posible establecer ninguna traba ni limitación legal para constituir o «fundar» sindicatos, lo que se reitera además en el artículo 7. La libertad de constitución de sindicatos está expresamente protegida, ello significa, como nos aclara el Convenio 87 de la O. I. T. que no es necesaria ni admisible la autorización estatal para crear los sindicatos, y aún más que sería anticonstitucional el someter la constitución de los sindicatos a una autorización pública; significa además la posibilidad del pluralismo sindical, es decir que en un mismo marco profesional puede constituirse más de un sindicato, se asegura así jurídicamente el pluralismo sindical, idea que se refuerza al mencionarse la afiliación al sindicato «de su elección»; no se admiten formas de sindicación unitaria impuesta, del tipo de la que caracterizara al régimen franquista.

El pluralismo sindical, que es también un dato de facto, plantea el problema delicado de la igualdad o no de trato de los diversos sindicatos en función de su implantación fáctica, de su mayor «representatividad»; no hay en el marco constitucional ningún atisbo de tratamiento privilegiado a los sindicatos más representativos, lo cual no quiere decir que en el marco constitucional se imponga un tratamiento formalmente igual de todos los sindicatos prescindiendo de su marco real.

13. El significado de la expresión «libremente» en lo que respecta a las formalidades de constitución de sindicatos, debe examinarse comparativamente con el ejercicio del derecho general de asociación. Este ha sido sometido por el constituyente a unos expresos requisitos formales, que no

se mencionan en el caso de los sindicatos. La diferencia de tratamiento sólo puede ser entendida como liberalización de las formas, o sea el no poderse condicionar legalmente el ejercicio del derecho de fundar sindicatos a unos determinados requisitos no ya de autorización sino incluso de registro del que se haga depender la legalidad de la propia asociación, y ello hace difícilmente mantenible el régimen previsto en la Ley de 1 de abril de 1977, típica norma de transición. No obstante sería compatible con la libertad sindical el establecimiento de unas medidas mínimas de publicidad, del tipo del depósito obligatorio de estatutos, al efecto preciso de garantizar el principio de funcionamiento interno democrático que, como luego comentaremos, impone el constituyente.

14. La segunda manifestación del derecho de sindicación, y la que en la práctica tiene más juego, es el derecho de pertenencia al sindicato, el derecho a «afiliarse al de su elección». Es obvio que esto implica una esfera «libre» de ingerencia estatal respecto al ejercicio de este derecho, para el que no pueden ponerse trabas, ni requisitos especiales. Pero el problema aquí es el alcance de este derecho no ya frente a los poderes públicos, sino frente a otros poderes sociales que pueden dificultarlo. En efecto este derecho no puede ejercitarse efectivamente si del hecho de la sindicación no derivan sanciones públicas, pero pueden resultar perjuicios al trabajador en el marco de su empleo. La consideración del derecho de sindicación como derecho del hombre, como derecho de la persona le da a este derecho una eficacia «erga omnes», que supone también la necesaria protección del trabajador que se sindica en su empleo o profesión, prohibiéndose y habiéndose de reprimir cualquier atentado contra el ejercicio, protección principalmente frente al empresario. Es decir, la libertad sindical afecta también al plano de la empresa. La manifestación más saliente de la libertad sindical en el plano individual, a nivel de la empresa, es la establecida en el artículo 1, 1, del Convenio 98 de la O. I. T. (y recogida a su vez en el artículo 2, 2, de la Ley de 1 de abril de 1977). Se trata de la prohibición de todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical del trabajador en relación con su empleo o función, garantizándose de ese modo la libertad sindical también frente al empresario. A éste expresamente se le veda el condicionar la contratación de un trabajador su pertenencia o no pertenencia a un sindicato, el perjudicar al trabajador de cualquier modo por el hecho de su sindicación, y el despedirle o sancionarle a causa de su sindicación o actividad sindical. El imponer al empresario la tolerancia, el respeto y la neutralidad respecto a las opciones sindicales de los trabajadores, da lugar en muchos ordenamientos a instrumentos específicos de protección, que entre nosotros habrán de ser desarrollados también al margen de los que ya resultan del propio texto constitucional.

15. Es problemático si el derecho de afiliarse al sindicato de su elección protege al trabajador también frente al propio grupo, frente al sindicato. En el mundo anglosajón, en el que las cláusulas de seguridad sindical hacen que la pertenencia al sindicato tenga importantes repercusiones profesionales en el trabajador, este tema ha tenido mayor atención, buscándose

argumentos para controlar y limitar la libertad del sindicato en la admisión de sus miembros. En el derecho continental se tiende a reconocer más ampliamente la libertad del sindicato de admitir o no a los que solicitan la afiliación. Es claro que el sindicato por definición es un grupo abierto, es decir, que tiene que estar abierto a la posibilidad de nuevos miembros, sin que pueda admitirse un sindicato basado en un «numerus clausus», también es claro que pueden establecerse condiciones estatutarias de admisión referentes a cualidades profesionales y personales que ha de reunir el candidato. La admisión constitucional del derecho de sindicación como derecho de la persona, llevaría también a establecer límites al ejercicio arbitrario de la libertad de admisión o rechazo de peticiones de admisión por parte de los sindicatos, de forma que se requeriría una motivación o justificación para ese rechazo.

Sin embargo, ni la normativa internacional ofrece una solución clara al propósito, ni la tradición continental europea ofrece prácticas judiciales al respecto, mostrándose muy poco permeables las relaciones intrasindicales a un control judicial externo, por esa «tradicional resistencia cultural y política a retener jurídicamente relevantes las relaciones endosindicales y por la propia condición histórica de nuestro sindicalismo» (Treu), afirmación asimismo aplicable entre nosotros en que también la debilidad y las dificultades de nuestro sindicalismo explica el que la libertad sindical se centra sobre todo frente al Estado y frente al empresario, a la vez que se inician prácticas de sistema de justicia o control interno de los actos sindicales sin que se observe una tendencia a llamar a los jueces a intervenir en esos conflictos.

16. La última manifestación del derecho individual de sindicación la constituye la llamada libertad negativa de sindicación, que el artículo 28, 1, reconoce con estas palabras: «nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato». Como es sabido el tema de la libertad negativa de sindicación ha abierto una amplia y larga polémica que en el plano internacional también se planteó, sin que ni en los Convenios de la O. I. T. ni en la Carta Social Europea llegara a plasmarse, incluso en la propia Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aunque se admite la regla para el derecho de asociación de que nadie puede ser obligado a formar parte de una asociación, no se hace mención de regla similar para el caso de la sindicación. Esta omisión no ha dejado las cosas totalmente resueltas, sino que ha permitido agudizar la polémica doctrinal de la admisión o no del reconocimiento implícito de la libertad negativa de sindicación. En cualquier caso, lo que parece fuera de duda es que no cabe equiparar ni poner en un mismo plano los aspectos positivo y negativo del derecho de libertad sindical, como si la libertad negativa fuera lógica consecuencia y colorario necesario e inseparable de la libertad positiva. Este planteamiento supone desconocer la esencia propia de la libertad sindical, y verla desde el prisma liberal de la libertad de asociación, siendo arbitrario equiparar ambos aspectos de la libertad sindical, ya que sólo la libertad positiva puede considerarse como medida esencial de protección social de la clase trabajadora (Treu).

Nuestro texto constitucional no deja dudas tanto para el reconocimiento de la libertad negativa de sindicación como de que no trata de ponerlos en un mismo plano de simetría. Por otro lado, la aceptación de la libertad negativa de sindicación tiene entre nosotros un particular significado político.

Tras cuarenta años de integración forzosa en un sistema oficial de representación profesional, de lo que se trata ahora es de impedir cualquier forma de pertenencia forzada o impuesta, y por ello la libertad negativa de sindicación se entiende, commprende tanto el derecho de permanecer fuera de las coaliciones existentes como a salir libremente de ellas (Dietz). En principio de lo que se trata, pues, es de impedir todo tipo de organización forzosa sea cual sea la forma mediata o inmediata, de esa forzosidad (Scholz). Hemos hablado del derecho de libertad sindical como un derecho de la persona y por ello un derecho absoluto de libertad, esto afecta también a este aspecto negativo de forma que la libertad sindical que no sólo tiene efectos en la relación trabajador-Estado, prohibiendo y dejando sin efectos cualquier medida estatal que tienda a forzar la sindicación. Como también frente al empresario (que puede intentar fomentar la afiliación a sindicatos cómodos), incluso también frente a los propios sindicatos. El valor histórico simbólico de esta libertad negativa, la prohibición de un sindicalismo forzoso u obligatorio, debe ser el criterio indiciario principal que sirva para su interpretación, y por ello deben considerarse vedadas todas las fórmulas o instrumentos que impongan, contra la voluntad real del trabajador, su sindicación o su permanencia en el sindicato, prohibiéndose también actos discriminatorios del empresario en base a la no sindicación. Pero interpretar extensivamente el principio, entendiendo que la no sindicación debe ser protegida tan intensamente y en plano de igualdad como la sindicación, es perder de vista esa razón histórica. Creemos con Wietholter que la libertad negativa de sindicación no es la otra cara de la moneda de la libertad positiva, sino un sector interno dentro de una esfera de libertad, siendo ese sector interno determinado por la propia libertad positiva. De la propia libertad sindical deriva que puede haber trabajadores que queden fuera de los sindicatos, pues éstos son y continúan siendo organizaciones libres, lo cual significa la posibilidad de permanecer fuera de los sindicatos sin presión o forzosidad externa, pero no debe extenderse a entender que el sindicato no puede utilizar ningún tipo de instrumento para mover la indolencia o desinterés de los trabajadores, entre los que habría que incluir si no las formas más radicales de cláusulas de seguridad sindical, fórmulas más matizadas, así como la reserva de ventajas, el pago de contribuciones y los incentivos económicos a la sindicación, etc., y desde luego impide la posibilidad de fórmulas de negociación colectiva con eficacia general que sometan también a los no afiliados al sindicato.

B) La libertad sindical en el plano colectivo

17. Según la doctrina más generalizada, el derecho de libertad sindical constituye un derecho subjetivo tanto para el trabajador individualmente

considerado, como para la colectividad organizada en el sindicato. Según esto, la libertad sindical no sólo implica la libertad de los individuos de fundar sndicatos y sindicarse (o no sindicarse), sino el derecho de los propios sindicatos de autoorganizarse y actuar libremente. La Constitución subraya especialmente el aspecto individual de este derecho. Parece que el compromiso constitucional responde a la sugerencia de Scholz de un compromiso entre el principio liberal de una forma y procedimiento de la libertad sindical desde la perspectiva de la libertad individual y el principio socialista que hace referencia al contenido de las funciones sindicales. Para este autor la libertad sindical sería un derecho individual en «status collectivus», sin que pudiera distinguirse dos planos, inidividual o colectivo, o un doble derecho fundamental. Según esto la existencia del sindicato y su propio funcionamiento estaría protegido constitucionalmente, pero en la persona del trabajador. Al margen de las posibles críticas de esta tesis cara a la **Grundgesetz** alemana, lo cierto es que el texto de nuestra Constitución no permite sostenerla, ya que en el mismo se contempla sin duda alguna la protección directa del sindicato no sólo como derecho individual, sino también en el plano colectivo. Ciertamente el artículo 28, 1, sólo contiene una referencia concreta al aspecto colectivo (el derecho de federación y confederación), pero el artículo 7 (sin mencionar de nuevo la importancia del art. 10, 2) se refiere sólo y únicamente a la protección del propio sindicato; de su existencia y actividad. Con ello se evidencia que la Constitución no sólo protege al individuo para que pueda sindicarse, sino también al propio grupo organizado, al propio sindicato titular como tal de derechos de rango constitucional. Las garantías constitucionales reconocidas al sindicato afectan, de un lado, a la propia existencia del sindicato, y, de otro, a su libertad de funcionamiento interno y actuación externa.

18. El primer aspecto, el de la libertad de existencia del sindicato, de «libre creación» del mismo, deriva ya directamente del propio derecho individual de fundar y afiliarse a sindicatos que reconoce el artículo 28, 1, el cual protege además explícitamente la creación de organizaciones complejas (aunque el texto constitucional sea aquí manifiestamente impreciso al hablar sólo de «confederaciones», lo que debe interpretarse incluyendo también a federaciones y uniones). Sin embargo, el artículo 7 reitera, ya para el plano colectivo, el principio al decir que «su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley». La libertad de creación de los sindicatos queda así doblemente protegida, lo cual confirma el efecto «erga omnes» de la libertad sindical, de forma que la existencia del sindicato se protege frente a todos, lo que legitima a éste para reaccionar frente a todo intento de socavar su creación o existencia.

El primer efecto de esa libertad de creación de los sindicatos afecta al acto de creación misma, a la remoción de obstáculos para su creación, lo que incluye el problema de las formalidades exigibles al que ya he hecho referencia.

El sindicato, lo dice el artículo 8 del Convenio 98, «está obligado, lo

mismo que las demás personas o colectividades organizadas, a respetar la legalidad», a ello alude el artículo 7 al hablar del respeto a la Constitución y a la Ley, pero la ley no puede imponer, como aclara el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, otras restricciones que las que «en una sociedad democrática sean necesarias en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos». Precisamente las restricciones y peligros que para la libertad sindical podrían resultar de un intento de los poderes públicos de controlar la «legalidad» del sindicato ha hecho que a nivel Internacional se insista en que el único control de la legalidad del sindicato puede ser el control judicial y desde luego que la suspensión o disolución de los sindicatos sólo puede tener lugar judicialmente, impidiendo el artículo 4 del Convenio 87 la «disolución o suspensión por vía administrativa». Lo que a través del artículo 10, 2, puede deducirse implícitamente del contenido genérico del artículo 7.

19. En cuanto al libre funcionamiento del sindicato, el artículo 7 establece una regla que supone una garantía de la autonomía interna sindical, y que también ha de ser comprendida históricamente como un repudio de unas estructuras sindicales autoritarias. Según dicho artículo «su estructura interna y funcionamiento deberán de ser democráticos». A nuestro juicio este precepto es un punto de partida fundamental para asegurar la autonomía interna y la independencia de funcionamiento del sindicato, puesto que mal podría funcionar democráticamente sin tener garantizada esa autonomía e independencia.

De nuevo nos encontramos con la eficacia absoluta de la libertad sindical de la que deriva la prohibición de toda ingerencia estatal en el funcionamiento interno del sindicato, pero también de toda ingerencia por parte empresarial para controlar o intervenir en el funiconamiento de los sindicatos como resulta del artículo 2 del Convenio 98 O. I. T.

Sin embargo, la imposición expresa del carácter democrático de la estructura y funcionamiento del sindicato responde también a otro propósito que no se oculta. La historia reciente nos muestra cómo fueron las últimas Cortes franquistas las que introdujeron en la Ley de 1 de abril de 1977 un precepto similar cuyo propósito originario no era otro que el impedir la conexión de los sindicatos con los partidos políticos, o más bien con cierto tipo de partidos políticos de signo obrerista. La estructuración democrática de los sindicatos que postula el texto constitucional parece pues insistir en el mismo propósito de evitar la dependencia formal de los sindicatos y cualquier tipo de dirigismo o tendencia que no sea la aceptada por sus propios miembros. El tema de la democracia sindical, como la sociología ha demostrado, no es tan simple ni es tan fácil establecer instrumentos jurídicos que garanticen efectivamente un satisfactorio funcionamiento democrático interno.

Para el derecho hablar de estructuración y funcionamiento democrático de los sindicatos significa la existencia de unos mecanismos que no sólo estructuran formalmente de modo democrático al sindicato sino que permitan efectivamente un funcionamiento real de carácter democrático, pero

este funcionamiento interno democrático no le es indiferente al ordenamiento.

El tema requeriría un tratamiento más detenido, pero lo que es claro es que la democracia sindical hace referencia a los derechos del miembro del sindicato, a una efectiva participación en la marcha del sindicato, evitándose todo tipo de ingerencia externa pero también la consolidación oligárquica de la posición de los grupos dirigentes.

Un presupuesto previo a la democracia sindical es que las libertades públicas, de opinión, expresión, etc., sean reconocidas también dentro del propio sindicato de forma que se puedan expresar libremente todas las opiniones y tendencias incluso discrepantes. Además de esto la estructura democrática del sindicato significa regirse por una ordenación jerárquica de los órganos directivos que ponga como órgano supremo o soberano la asamblea general o congreso sindical cuyas reglas de funcionamiento deben permitir la participación directa o indirecta de todos los afiliados al sindicato. Significa además la libre elección de todos los cargos y la primacía de los órganos colegiados sobre los unipersonales (Ardau), etc.

El texto de la democracia, ha dicho Kahn-Freund, no es el de quien toma las decisiones sino el de quien elije al que las toma y quien puede ser elegido, y que sólo a través de una competición organizada por el poder puede trabajar el proceso electivo de una democracia. Sin embargo también afirma que el derecho puede jugar un escaso papel en esta materia siendo impracticable o al menos no aconsejable que la ley establezca reglas mínimas de democracia que han de ser observables por todos los sindicatos, con independencia de sus propios estatutos. En cualquier caso la democracia sindical afecta y está muy afectada por el estatuto efectivo que se conceda al miembro del sindicato y por las posibilidades efectivas concedidas a éste de participar en la vida interna del propio sindicato.

20. Según el artículo 7 el ejercicio y la actividad de los sindicatos es libre. Con ello, siguiéndose un poco la letra del artículo 39 de la Constitución italiana, se asegura la libertad de actividad del sindicato, para la representación y defensa de los intereses de los trabajadores, permitiéndole desarrollar todas sus actividades que aseguren la tutela efectiva de esos intereses siempre «dentro del respeto a la Constitución y a la Ley». Este respeto a la legalidad, como aclara el Convenio 87 tiene que ser, claro está, a una legalidad que por su parte respete el propio principio de la libertad sindical. El propio Convenio 87, en su artículo 3, establece un conjunto de derechos de los sindicatos que aseguran su adecuado funcionamiento libre interno (autonomía estatutaria, elegibilidad de cargos, administración financiera independiente, organización de actividades, formulación del programa de acción). Principio de libre funcionamiento de los sindicatos que ha dado lugar a una amplia doctrina en las decisiones del Comité de Libertad sindical, y que de nuevo por el juego del artículo 10, 2, puede tener un importante valor interpretativo en nuestro desarrollo constitucional.

Por otro lado las manifestaciones más típicas de la actividad del sindicato, la huelga y la negociación colectiva se encuentran expresamente

previstas en sendos preceptos constitucionales, que serán objeto de comentario en ponencias sucesivas.

La actividad de representación es aludida tan sólo en el artículo 131, 2, que prevé el «asesoramiento y la colaboración de los sindicatos» en la programación económica. Otras formas de participación se encuentran previstas en el artículo 129 que no menciona sin embargo de modo expreso a los sindicatos. Pero de nuevo aquí la remisión a la normativa internacional nos permite interpretar de forma extensiva los derechos de participación del sindicato, sus posibilidades de intervenir en la gestión de la Seguridad Social, y en el plano de la empresa. A este último aspecto dedicaré un breve comentario.

Una primera afirmación que debe hacerse es que del contenido genérico del artículo 128 («diversas formas de participación») no cabe deducir la exclusión del sindicato de la empresa, sino todo lo contrario, pues una de las posibles formas de participación podría ser la resultante de la presencia sindical en la empresa abierta sólo a participaciones del tipo colaborativo y neutralizada en materia sindical. Este reparto de papeles ha tenido su momento histórico en la inmediata postguerra en Europa en la que la generalización de los comités de empresa sirvió sobre todo al propósito de alejar a los sindicatos de los lugares de trabajo.

Pero al igual que este propósito ha quebrado hace ya tiempo en otros ordenamientos, en el nuestro sucede que precisamente el núcleo de la actividad sindical se ha centrado y se centra aún en buena parte en la empresa, de forma que dejar fuera a los sindicatos de los lugares de trabajo, neutralizar sindicalmente a la empresa, sería impedirles una cuota importante y decisiva de actividad sindical. Es por ello por lo que cabe concluir que sean cual sean las vías de participación que los poderes públicos se culden de asegurar, la presencia de éstas no puede ser considerada como exclusiva y excluyente de la de los sindicatos. Sería anticonstitucional así un monopolio de representación electiva a través de la vía participativa que supusiera una eliminación de la posibilidad de los sindicatos de actuar en el plano de la empresa. Pero también hay que reconocer que la expresa referencia a diversas formas de participación en las empresas abre la vía a un dualismo de instrumentos representativos, el sindical basado en la libre afiliación y en una estructura asociativa y el electivo que ejercería poderes de participación conferidos «ex lege», sin que, repetimos, la existencia del segundo elimine al primero.

21. La posible coincidencia de instrumentos representativos diversos en el plano de la empresa plantea como primer problema el de la posible relación que pueda existir entre ambas. Entre nosotros, un poco por el peso de los antecedentes inmediatos, se tiende a reconocer una por así decirlo «mayor representatividad» sobre todo en medios patronales a los representantes designados electivamente por el conjunto de los trabajadores de la empresa. Esta preferencia de los órganos electivos sobre los genuinamente sindicales encuentra su reflejo más significativo en el reconocimiento exclusivo de capacidad convencional a nivel de empresa a estas representaciones electivas que los proyectos de Ley de Acción Sin-

dical en la empresa y de Convenios colectivos contienen. Sin embargo hay aquí un notable error de perspectiva en la medida que el reconocimiento constitucional de la defensa de los intereses del trabajo viene expresamente hecho a los sindicatos y si bien el artículo 37 del texto constitucional reconoce el derecho a la negociación colectiva genéricamente a los representantes de los trabajadores está claro que de admitirse representantes ajenos a los sindicatos éstos no gozarán de las garantías previstas en los artículos 7 y 28. Según esto el posible dualismo de representaciones de intereses de los trabajadores a nivel de empresa nunca puede suponer una marginación de los sindicatos, sino al contrario una cierta preferencia o superior rango de éstos.

Aclaremos que en todo este discurso no estamos queriendo insertar el dualismo sindicatos-representaciones electivas en una dialéctica de concurrencia o de alternativa excluyente, puesto que, como nuestra propia práctica nos dice, los sindicatos tienen una activa presencia en esos órganos electivos de forma que ambos tipos de instrumentos representativos cooperan uno con otro, pero se trata de una cooperación en la que debe reconocerse una cierta primacía del sindicato. Esa primacía jurídicamente se articula a través del reconocimiento de una serie de derechos que corresponden a los sindicatos respecto a esos órganos representativos electivos en especial porque su negación significaría una traba para el ejercicio de la libre actividad sindical para la defensa y promoción de los intereses del trabajo.

Respecto a los derechos de los sindicatos frente a los órganos electivos a nivel de empresa genéricamente se habla del papel de animador que los sindicatos cumplen respecto a estas representaciones electivas. Así Adam y Reynaud nos hablan al respecto de la aportación de candidatos, de asegurar la formación militante, de control de regularidad de las relaciones institucionalizadas, de reparto de tareas y planteamiento de reinvindicaciones. Pero esta reflexión, más bien sociológica, responde a una clara necesidad jurídica de asegurar unos derechos sindicales frente a estos órganos electivos. Siguiendo a Däubler podríamos sistematizar así los más significativos de estos derechos:

a) Los llamados **derechos de creación**, esto el derecho de velar porque los órganos electivos se constituyan de acuerdo a las disposiciones vigentes. Ello significa en muchos casos el derecho de dirigir e incluso imponer la construcción de aquéllos, el de participar en su procedimiento electoral, con la presentación en su caso de candidaturas, así como demandar la convocatoria de asambleas cuando los órganos electivos no las convoquen en el momento adecuado.

b) Los llamados **derechos de participación y audiencia** que permiten al sindicato exponer su punto de vista a los órganos electivos. Esta posibilidad de influencia de los sindicatos en las decisiones de los órganos electivos se asegura desde luego mediante la real presencia de sindicatos ocupando puestos representativos, pero hoy se plantea como necesidad la de la posibilidad de la presencia de representantes sindicales en las reuniones de los órganos electivos, o en los encuentros de esos órganos electivos

con el empleador, así como la participación de los sindicatos en las reuniones y asambleas de empresa, como luego veremos. En cualquier caso lo que se plantea respecto a estos derechos de influencia no es la efectiva influencia deseada por los miembros del órgano electivo sino si cabe incluso una posibilidad de ser oído aún sin contar con la voluntad mayoritaria de los miembros del órgano electivo.

c) Los llamados **derechos de conformación** que permiten en cierto sentido programar el círculo de actividades y la conducta de estos órganos. Esta conformación en buena parte resulta ya del juego de una contratación colectiva extraempresarial, si bien entre nosotros existe una mayor tendencia a dar autonomía e incluso independencia a la negociación colectiva a nivel de empresa. También resulta ello de la posible participación sindical a nivel de empresa en las asambleas influyendo en la toma de acuerdos que pueden ser vinculantes para los órganos electivos, y finalmente de la propia disciplina sindical puede resultar que los miembros del sindicato que formen parte de los órganos electivos sigan las directrices, indicaciones y programas fijados por el sindicato.

d) Los **derechos de control** que permitan al sindicato impedir la violación de las disposiciones vigentes por parte de los órganos electivos o por parte del propio empleador, la impugnación de un procedimiento electoral irregular, la posible convocatoria directa de asambleas de empresas, las denuncias de empleadores que no respetan las disposiciones legales sobre consulta e información a los órganos electivos, etc.

Todos estos derechos y otros más que podrían pensarse tienen un presupuesto común sin el que difícilmente serían ejercitables y es el asegurar la presencia sindical en la empresa, pero esto no es sólo una necesidad respecto a las funciones y derechos sindicales frente a los órganos electivos sino también una consecuencia de la necesaria actividad autónoma del sindicato en la empresa.

22. Que la presencia «mediata» del sindicato en la empresa a través de su influencia e incluso dominio real de las representaciones electivas no es suficiente resulta claramente de un convenio de la O. I. T., el número 135, ratificado por España en pleno régimen franquista, y cuyo artículo 5 establece que

> «cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos habrán de adoptarse medidas adecuadas, en caso necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes».

Es decir, que no es legítimo el erradicar al sindicato de la empresa porque en la misma existan representaciones electivas, y no sólo éstas, como hemos visto, tienen que colaborar con los sindicatos, sino que además a los sindicatos debe asegurarse una presencia propia en la empresa. En el momento en que se discutió la llamada Ley de Acción Sindical en la Empresa se cayó en un error de óptica de entender como vedado lo no expresamente reconocido por la ley, siendo así que al menos desde que se

aprobara la Constitución el planteamiento es precisamente el contrario, todo está permitido a los sindicatos salvo lo que la ley expresamente prohiba, pero siempre que esa prohibición no contraríe las libertades reconocidas en la propia Constitución, y desde luego la libertad sindical que ha de ser entendida e interpretada a la luz de unos tratados internacionales que al haber sido ratificados por España, complementan por la vía interpretativa el texto constitucional. La ley pues en este punto sólo puede intervenir para «garantizar» la posición de los sindicatos en la empresa no para limitar su funcionamiento.

La ley habrá de jugar además sólo «en caso necesario», para dejar bien clarificadas las cosas más que para conceder «ex novo» derechos y prerrogativas que cabe derivar directamente del texto constitucional, como ha ocurrido por ejemplo en la República Federal Alemana donde una jurisprudencia, nada sospechosa de progresismo como la alemana, ha formulado una serie de criterios y principios tendentes a asegurar la presencia sindical en la empresa. Estos criterios nos pueden servir de ejemplo para exponer los derechos del sindicato en la empresa que le aseguren una libre y autónoma actividad en el seno de la misma.

Un primer derecho que pudiéramos calificar como previo es el ya mencionado **derecho** del sindicato de que sus representantes puedan **introducirse en los locales de la empresa.** La jurisprudencia alemana ha reconocido este derecho de entrada en conexión con las funciones de cooperación con el consejo de empresa, y la propia BVG en su artículo 2 lo admite con ciertas restricciones (conveniencia o proporcionalidad —**Vehaltungsmässigkeit**—; no interferencia con el proceso productivo, respeto a las disposiciones de seguridad y protección de los secretos de la empresa, aparte de que la visita debe ser comunicada de antemano al empleador con indicación de su objeto. Todas estas cautelas, respetada la presencia del sindicato en la empresa a través de sus legítimos representantes, son posibles.

Un segundo derecho que pudiéramos también calificar de básico o elemental del sindicato es el derecho de información y propaganda «garantía institucional» del sindicato que cabe derivar muy claramente de la libertad sindical puesto que un sindicato basado en la afiliación libre tiene necesariamente que poder captar a éstos so pena de su propia destrucción, de igual modo la acción sindical reposa en la posibilidad de conectarse y movilizar a la base, cosa muy difícil si en la empresa se impidiera esta posibilidad de comunicación. Se ha dicho que el derecho de los trabajadores de organizarse en la empresa y enfrentarse al empleador como una unidad es una mera consecuencia de que la empresa ha dejado de ser una esfera de exclusivo dominio del empresario de modo que éste, en el ejercicio de sus funciones, ha de tener en cuenta otros intereses en especial los de los trabajadores, expresados primordial (aunque no exclusivamente) por los sindicatos. El derecho de sindicación no tiene otro objetivo que el de permitir a los trabajadores que se sindican la tutela y defensa de sus intereses económicos y sociales y ello sólo es posible si se permite a los sindicatos una esfera de actuación allí donde los intereses están directamente encarnados, la empresa, y desde luego una premisa necesaria para

ello, para que los sindicatos estén en condiciones de poder defender y luchar por los intereses de sus mimebros es el de admitir un genérico derecho de información y comunicación a sus adheridos, y de propaganda a todos los trabajadores (posibles afiliados al mismo). El tema de los medios, del contenido, del momento de esta información, comunicación y propaganda sí que puede ser sujeta a reglas que aseguren que no existan perturbaciones en la marcha normal de la empresa a causa del ejercicio de este derecho, pero lo importante es el reconocimiento general y efectivo del derecho. Esta posibilidad de comunicación afecta especialmente a la posible presencia e intervencvión de los representantes sindicales en las reuniones y sobre todo en las asambleas de fábrica. Es sabido la importancia que ha tenido entre nosotros el instrumento asamblear, precisamente por ello es difícilmente concebible una actividad sindical sin un contacto de los sindicatos con las asambleas en que se analizan y discuten las líneas de la propia política sindical.

Por último se plantea el tema de las estructuras organizativas de base, es decir la configuración de una representación sindical específica para la empresa. La representación sindical a nivel de empresa pertenece de por sí a la autonomía organizativa de los sindicatos, y el derecho comparado ofrece al respecto ejemplos enormemente variados. La tendencia que parece hoy comenzar a dominar es la de dar un mayor protagonismo a los miembros del sindicato en la empresa en la designación de la persona o personas que lleven a cabo la función de representación del sindicato. Esta problemática interna afecta al empresario de una doble manera, por un lado si se instauran procedimientos electivos para designar a estas personas se tiene, por así decirlo, que soportar que ese proceso electoral tenga que desarrollarse en la fábrica, donde precisamente los posibles electores están concentrados, aquí más que un derecho habría que hablar de una prerrogativa cuando fuera viable otra localización espacial y corporal del proceso electoral, y como tal prerrogativa derivar de concesiones empresariales (que pueden crear un uso de empresa), de pactos colectivos o de disposiciones legales.

De mayor interés es el problema del «tratamiento» de los representantes sindicales (designados por éste o por los propios afiliados). Como es sabido existe una prohibición general de medidas discriminatorias o perjudiciales a causa de la pertenencia sindical lo que encerraría muy claramente las medidas contra este representante sindical; sin embargo se plantea en muchos ordenamientos la necesidad de que al igual que la ley ha concedido especiales prerrogativas e inmunidades a los miembros de los órganos de representación electiva, se apliquen disposiciones similares a los representantes del sindicato. Ello significaría por un lado un especial régimen protector en materia de despidos y sanciones, así como una serie de «facilidades» para el desempeño efectivo de sus funciones. Tales «facilidades» genéricamente están previstas por cierto en el artículo 2 del Convenio 135; ahora bien la concreción de los mismos en derechos concretos de horas de función, local para reuniones, etc., son materias de normación colectiva o legal, y los poderes públicos en la medida de que sea necesario están obligados a establecerlas y garantizarlas.

IX

DELIMITACION DE COMPETENCIAS ESTADO-COMUNIDADES AUTONOMAS, EN MATERIA DE RELACIONES LABORALES Y SEGURIDAD SOCIAL. DE LA EXPERIENCIA REPUBLICANA A LA CONSTITUCION DE 1978

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Catedrático Numerario de Derecho del Trabajo

AURELIO DESDENTADO BONETE
Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo
Universidad Autónoma de Madrid

... «Fes que siguin segurs els ponts del diàleg
i mira de comprendre i estimar
les raons i les parles diverses dels teus fills.»

ESPRIU, **La pell de brau**, XLVI.

I. EXPERIENCIA AUTONOMICA EN ESPAÑA, DURANTE LA II REPUBLICA, Y SU INCIDENCIA EN LAS RELACIONES LABORALES Y DE PREVISION SOCIAL

A) LIMITES POLITICOS Y TECNICOS

1. En la medida en que la regulación de las autonomías, en la Constitución de 1978, pueda vincularse a una recuperación del marco institucional republicano, la propia experiencia del Estado «integral» configurado en la Constitución de 1931, se convierte en un dato fundamental —y no en mero precedente— para valorar el alcance y repercusiones de la nueva ordenación constitucional del fenómeno autonómico. Se trata, sin embargo, de un dato que tiene interés circunscrito, casi exclusivamente, al análisis normativo, como consecuencia de dos limitaciones de gran importancia que operaron sobre la experiencia autonómica republicana:

1.ª) La primera limitación hay que referirla al propio grado de desarrollo de las funciones estatales afectadas por la descentralización regional. En este sentido, debe resaltarse el escaso desarrollo del «sistema de previsión social» durante el período republicano, que coincide con la fase de formación de la previsión social española; fase en la que ésta mantenía todavía una configuración incipiente y marginal que, tanto en lo relativo al alcance subjetivo y objetivo de la protección como en el plano de los recursos financieros, la situaban políticamente en una posición muy secundaria; posición en absoluto comparable a la adquirida, política y económicamente, por el actual sistema de seguridad social. La observación debe, sin embargo, matizarse en cuanto al ordenamiento laboral. Si bien es cierto que la Administración laboral no había alcanzado durante la etapa republicana la expansión organizativa y funcional que, como consecuencia de diversos factores, y entre ellos la ley de expansión de las organizaciones burocráticas y la propia dinámica del modelo autoritario, había de conocer durante el Estado nacionalsindicalista, esa Administración presentaba ya un importante grado de evolución en el que elementos de la fase corporativa coexistían con la recepción del reformismo social weimariano.

2.ª) La segunda limitación que afecta a la posibilidad de establecer una valoración real de la incidencia de las autonomías durante la II República, es la propia brevedad temporal y la conflictividad del proceso autonómico republicano. El **Estatuto catalán**, aprobado el 15 de septiembre de 1932, se suspende por el Gobierno radical-cedista como consecuencia de los acontecimientos de octubre de 1934 y su vigencia —acortada por el retraso de las transferencias— sólo se reestablecerá plenamente por el Gobierno del Frente Popular, algunos meses antes de la guerra civil. Y el **Estatuto vasco** se aprobará, después de iniciada ésta, en octubre de 1936. Esa escasa vigencia temporal de los estatutos autonómicos y las excepcionales circunstancias que concurren en los mismos, hacen que el fenómeno autonómico no haya tenido un desarrollo normal a partir del cual pueda abordarse un análisis de los resultados prácticos de la descentralización.

2. Hechas estas observaciones, es necesario recordar la situación real del ordenamiento laboral y de la previsión social española durante el período 1931-1936 para analizar, a continuación, las consecuencias que sobre esta situación podían derivarse del sistema autonómico, previsto en la Constitución de 1931 y en los Estatutos de autonomía, aprobados para Cataluña (1932) y para el País Vasco (1936), y sin entrar en la consideración del proyecto de Estatuto Gallego, plebiscitado en 1936.

B) SITUACION DE LAS RELACIONES LABORALES Y DE LA PREVISION SOCIAL EN LA ETAPA REPUBLICANA

a) Modelo republicano de relaciones laborales

1. Un análisis de la descentralización generada por el proceso autonómico debe partir de una previa clarificación sobre la articulación del modelo de relaciones laborales y, concretamente, del grado de intervencionismo estatal del mismo, en cuanto que ese grado define, en principio, el ámbito objetivo según el que opera la descentralización. Y, en este sentido, conviene aclarar que ese modelo, en la medida que llegó a consolidarse —lo cual, por otra parte, parece indudable a la vista de la producción normativa del período, aunque no tanto desde una perspectiva que tenga en cuenta la eficacia social de las instituciones— presenta una notable ambigüedad. Ya en la Constitución de 1931 se advierte, junto a la recepción de las corrientes más progresivas de constitucionalismo social, un excesivo énfasis en la **legislación social**, cuyo programa de objetivos normativos protectores del trabajo fija el artículo 46, frente al juego de la **autonomía colectiva**, relegada a un simple reconocimiento de la libertad de asociación en el artículo 39. Pero este desequilibrio constitucional a favor de la acción estatal, propio, por otra parte, del constitucionalismo social de entreguerras y de la mitificación de la «legislación social» en la ideología del reformismo español, se agrava por la recepción de elementos claramente corporativos que, como consecuencia de la política seguida por el ministro socialista Largo Caballero, se incorporan de forma decisiva a la estructuración del modelo, llevando a una conformación contradictoria de éste —cuyos «polos» serían, de una parte, la Ley de Contrato de Trabajo y, de otra, la de Jurados mixtos— que pronto revelaría sus consecuencias negativas en la práctica laboral y en el propio equilibrio político.

No debe aquí intentarse una explicación de los factores que determinaron la incorporación de esos elementos corporativos por el posibilismo socialista, aunque es evidente que esa explicación no puede fundamentarse sólo en el plano superestructural explícito (las formulaciones del ideólogo de la política laboral socialista, Luis Araquistain, sobre el papel del Estado y los sindicatos en el proceso de transición al socialismo en la revolución española), sin considerar el influjo de la propia resistencia de los antagonistas sociales a la negociación colectiva, a la vez, producto de una situación económico-social muy concreta. La débil y peculiar penetración del modo de producción capitalista en la formación social española de los años treinta se corresponde con unas actitudes y concepciones que subordinan la acción colectiva a la intervención del Estado. La preferencia por la acción estatal era clara en los socialistas y en la U. G. T., para quienes una fijación favorable de las condiciones de trabajo dependía de la «alianza» entre los representantes obreros y la Administración laboral; y, también, en los empleadores, cuya estrategia se centró en la neutralización de esa alianza en los órganos paritaros (la consigna de la reforma de los jurados

mixtos) o en una alteración de la correlación de fuerzas a nivel político. La misma magnificación del papel del Estado aparece también en el propio antiestatalismo del sindicalismo revolucionario, al que Araquistain reprocha su inmadurez por no reconocer el «prestigio» del Estado como «órgano civilizador».

> El resultado será el predominio del intervencionismo estatal sobre la autonomía colectiva en el funcionamiento real del modelo. Ello se advierte ya en la ordenación de las fuentes del derecho del trabajo en la Ley de Contrato de Trabajo, de 21 de noviembre de 1931, en la que éstas se jerarquizan de acuerdo con el principio de norma mínima en el siguiente orden: 1) disposiciones legales, 2) bases de trabajo y 3) pactos colectivos (art. 9), entendiendo por disposiciones legales las Leyes, Decretos y las disposiciones ministeriales (art. 10). En realidad el modelo se articuló sobre la legislación estatal y la acción corporativa de los Jurados Mixtos, convertidos éstos en el núcleo central de funcionamiento del modelo, al asumir competencias normativas, que absorbieron la negociación colectiva (las bases de trabajo, art. 11 LCT, art. 19, 1, LJM), jurisdiccionales (art. 19,2, LJM), de conciliación y arbitraje en los conflictos colectivos (art. 19, 3, 20 y 39 y siguientes LJM) y de Administración laboral (inspección de las leyes sociales y de sus propios acuerdos, confección de censos). El modelo funcionaba así con una fuerte dosis de **estatalización**. Y ello no sólo por el dato formal de la consideración de la «organización mixta profesional» como institución de derecho público, sino fundamentalmente por la intervención de la Administración estatal en las decisiones de los jurados por la vía del voto del Presidente de designación ministerial ante la normal falta de acuerdo de las partes (sólo «profesionalizado», aunque con criterios conservadores, a partir de la Ley de 16 de julio de 1934 y hasta la de 30 de mayo de 1936), en casos de empate en la segunda votación, o por la vía del recurso ante el Ministerio de Trabajo contra las bases de trabajo y acuerdos de imposición de sanciones (arts. 27 a 31 y 34 LJM), incluso, contra los acuerdos en materia de despidos, salarios y horas extraordinarias. De esta forma, los Jurados se configuraban, en realidad, como una **Administración indirecta** de estructuración corporativa, fuertemente controlada por la Administración directa del Estado, cuyo representante (el Presidente) era el que, en definitiva, decidía por encima de la ficción corporativa. Ello explica la dureza de las críticas suscitadas como consecuencia de la actuación de los Jurados («monumento al fascismo socialista», en la crítica de la CNT y «ortopédica organización fascista» fundada «en una visión despótica de la vida social», según la oposición conservadora) y el giro de su actuación durante el bienio negro, esta vez al servicio de los intereses patronales. La acción estatal no quedaba, por tanto, reducida al cumplimiento del mandato constitucional, sobre «legislación social», al diseño del esquema básico de funcionamiento del modelo y al establecimiento y vigilancia de las normas mínimas del orden público laboral, sino que, a través de la actuación de los Jurados, y en un régimen de absoluta concentración de competencias, pasaba a determinar, de forma imperativa, la totalidad del contenido contractual, y a conocer —salvo la subsistencia de algunas competencias residuales de los Tribunales Industriales—, como órgano jurisdiccional, de las reclamaciones suscitadas, reservándose la Administración directamente, con el sistema centralizado de recursos, la decisión en última instancia de todas las materias a las que se extendía la polivalente competencia de los Jurados. Los peligros de ese desorbitado intervencionismo quedarían patentes, incluso, para sus autores, tras la inflexión derechista de noviembre de 1933.

2. Esta articulación intervencionista del modelo se reforzó, ya en una línea más coherente, con la creación de una Administración periférica la-

boral (Decreto 3 de noviembre de 1931, Ley 13 de mayo de 1932), la modernización de la Inspección de Trabajo (Decretos 9 de mayo de 1931 y 26 de enero de 1932) y el establecimiento de un servicio de colocación obrera (Ley 27 de noviembre de 1931). Por el contrario, las normas de la Ley de 21 de noviembre de 1931 sobre pactos colectivos quedaron sin el previsto desarrollo reglamentario.

b) Situación de la previsión social

1. Menos problemática parece la situación de los seguros sociales durante el período republicano. El sistema de previsión social estaba integrado, aparte del régimen de seguros sociales voluntarios (el denominado **de libertad subsidiada**), por un sistema de seguros sociales obligatorios (retiro obrero y seguro de maternidad), unos mecanismos de cobertura de los riesgos de carácter profesional diversificados por sectores (seguros de accidentes de trabajo en la industria, agricultura y mar) y una acción indirecta de fomento a la protección (privada) del paro forzoso. En gran medida, estos mecanismos de cobertura provenían, casi en su integridad, de la etapa anterior y sobre los mismos los gobiernos republicanos sólo pudieron realizar una acción innovadora importante en materia de accidentes de trabajo, ya que los proyectos más ambiciosos (unificación de los seguros sociales, establecimiento de los de enfermedad y paro) no llegaron a desarrollarse como consecuencia de las tensiones de la coyuntura política que desembocaron en la liquidación del propio régimen político.

2. Un análisis de la situación de los seguros sociales en la etapa republicana pone de relieve su total dependencia de las concepciones tradicionales de la previsión histórica, que se advierten al considerar el **campo de aplicación** (concepción limitativa en función de la idea —típica de la previsión social proletarizada— de protección exclusiva a una clase obrera considerada como «económicamente débil» para asumir su autocobertura y que se expresa, cuantitativamente, a través de los topes de renta a efectos de inclusión), la **acción protectora** (estructurada fundamentalmente a través de prestaciones uniformes tendentes a garantizar —y no totalmente— un nivel mínimo de subsistencia), la aceptación de las técnicas actuariales más conservadoras en la **organización del régimen económico-financiero** (predominio de la capitalización) y el escaso desarrollo de la **gestión pública**, cuyo eje, el Instituto Nacional de Previsión, operaba, en gran medida, como mero coordinador de una amplia red descentralizada de entidades colaboradoras (1).

(1) Mayor detalle en nuestro **Manual de Seguridad Social**, Pamplona (Aranzadi), 2.ª edición, 1979.

C) DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS, EN MATERIA DE RELACIONES LABORALES Y DE PREVISION SOCIAL, ENTRE EL ESTADO Y LAS REGIONES AUTONOMAS

a) Marco constitucional

1. Sobre este marco institucional, operan las disposiciones sobre autonomías regionales contenidas en la Constitución de 1931, en los estatutos autonómicos y en las normas reguladoras de las transferencias del Estado a la Generalidad de Cataluña. Hay que señalar, desde un principio, que la Constitución republicana contiene una delimitación mucho más precisa —o si se prefiere, mucho más restrictiva— entre las competencias del Estado y de las regiones autónomas que la establecida por la Constitución de 1978. En la Constitución de 1931 hay, por una parte (frente a la peligrosa relativización de la noción de Estado que se produce en los artículos 148, 2, 150 y 151 de la Constitución de 1978) una **predeterminación explícita de los niveles de descentralización,** en la que se distinguen: 1.º) el **área de competencias no transferibles** ni por vía de descentralización política, ni de descentralización administrativa (art. 14 que consagra las competencias estatales absolutas tanto en lo que se refiere a la «legislación», como a «ejecución directa»); 2.º) el **área de competencias transferibles por la vía de descentralización administrativa** (art. 15 en el que se distingue entre «legislación» —clave de la descentralización política, según T. R. Fernández—, reservada al Estado, y **ejecución,** de posible atribución a las regiones autónomas «en la medida de su capacidad política» y con fuertes restricciones en algunas materias); 3.º) y el **área de competencias transferibles,** tanto por la vía de **descentralización política** como **administrativa** (art. 16).

Junto a esta delimitación de las áreas y de los niveles de transferencia, la Constitución de 1931 establecía, además, una serie de **mecanismos de control** del Estado sobre el ejercicio y alcance de las competencias transferidas y que se concretaban en:

- La subordinación de la descentralización política (potestad legislativa de las regiones autónomas) a las bases que puedan fijarse por Ley del Estado (art. 19); y prevalencia del derecho estatal sobre el de las regiones autónomas «en todo lo que no esté atribuido a la competencia exclusiva de éstas» (art. 21, fórmula incorporada por el art. 149, 3, de la Constitución de 1978).
- Cláusula residual de competencias a favor del Estado (art. 18, también incorporada a la Constitución de 1978, art. 149, 3).
- Reserva expresa de la potestad reglamentaria al Gobierno, aun en los casos en que la ejecución de las leyes estatales se atribuya a autoridades regionales (art. 20, 2.º).
- Inspección estatal de la ejecución atribuida a las regiones autónomas (art. 15, 1.ª, párrafo 2.º) y posibilidad de encomendar competencias de ejecución a órganos especiales no autonómicos (art. 20, 1).

2. A partir de este cuadro de distribución de competencias, y de los mecanismos de control establecidos a favor del Estado, operan las previsiones específicas en materia de relaciones laborales y de previsión social. En este sentido, la Constitución republicana se refiere expresamente en el capítulo II («Familia, economía y cultura») de su título III («Derechos y deberes de los españoles») al contenido de la legislación social, entendiendo por tal, tanto la legislación protectora del trabajo, en sentido estricto, como la regulación de los seguros sociales. Por otra parte, tanto la legislación social como el régimen de seguros sociales (que constituye un contenido imperativo de aquélla), son, según el artículo 15 de la Constitución, materias sobre las que se puede operar la transferencia a nivel de ejecución (descentralización administrativa), pero no la transferencia de poderes legislativos (descentralización política). Es más, la transferencia de ejecución actúa aquí con una especial restricción, configurando, a favor del Estado, una potestad exorbitante de tutela, dentro del marco general del artículo 15, ya que el párrafo 2.º del punto 1.º de dicho artículo establece que «la ejecución de las leyes sociales —encomendada a las regiones autónomas— «será inspeccionada por el gobierno de la República, para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales que afecten a la materia».

b) **Estatutos de autonomía**

1. Este esquema de distribución de competencias debía ser respetado por los **Estatutos de Autonomía.** El Estatuto Catalán, aprobado por Ley de 15 de septiembre de 1932, al regular en su título II las atribuciones de la Generalidad, establece que ésta ejecutará la legislación del Estado relativa al «régimen de seguros generales y sociales (art. 5, 6.ª) y organizará todos los servicios que la legislación social del Estado haya establecido o establezca (art. 6). En el desarrollo de esas funciones la Generalidad quedaba limitada por los siguientes mecanismos de control:

— Su sometimiento, en lo relativo a la ejecución de los servicios y a la aplicación de las leyes sociales, a la inspección del Gobierno.
— La facultad del Gobierno de designar, en cualquier momento, los delegados que estimase necesarios para velar por la ejecución de las leyes sociales.
— Obligación de subsanar, a requerimiento del Gobierno de la República, las deficiencias que se observasen en la ejecución de aquellas leyes, sometiéndose las divergencias, en esta materia, al Tribunal de Garantías Constitucionales.

2. Idéntica regulación se contiene en el **Estatuto Vasco,** aprobado por Ley de 6 de octubre de 1936, en cuyos artículos 6 y 11, párrafo 2.º, se transcriben prácticamente las normas del Estatuto Catalán. Esta solución constitucional contrasta con la propugnada en el Estatuto de Estella (aprobado

por la Asamblea de Municipios Vascos el 16 de junio de 1931) que atribuía al Estado Vasco la competencia para legislar, administrar y juzgar... en lo relativo a legislación social..., partiendo como mínimo de las conquistas del proletariado ya sancionadas por la legislación española y al régimen financiero del retiro obrero, seguro de paro y maternidad y demás instituciones de previsión (art. 15, 1.º, 2), si bien a continuación se señalaba, en una fórmula puramente retórica, que todo lo relativo a los derechos sociales estaría bajo la salvaguardia del Estado nacional.

c) Alcance real de las transferencias

1. El proceso de transferencia de competencias del Gobierno a la Generalidad de Cataluña, permite concretar el alcance real de las previsiones autonómicas. La primera transferencia se instrumentó por acuerdo de la Comisión Mixta para la implantación del Estatuto de 22 de diciembre de 1932, publicado por Decreto de 15 de enero de 1933, y quedaba referida al área de los **seguros sociales** en la que el régimen de descentralización regional del I. N. P. facilitaba el traspaso. La transferencia, planteada de forma confusa, consistía en aplicar el «régimen de patronato social de previsión» propio del I. N. P. a la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorro de Cataluña y sus organismos complementarios. Por su parte, la Generalidad asumía con respecto a la Caja la representación que en la misma correspondía a las provincias catalanas y sustituía al Estado en las funciones de subvención de las operaciones de seguros sociales y de bonificación de las libretas de capitalización, estableciéndose un régimen de compensación al efecto entre el Estado y la Generalidad. El proceso de transferencia, en esta materia, tuvo lugar, sin mayores problemas, con la atribución a la Generalidad de las facultades ejecutivas que según las leyes sobre accidentes de trabajo en la industria y en la agricultura correspondían al Ministerio de Trabajo y Previsión para la realización de los servicios administrativos relacionados con su aplicación (art. 6, D. 2 julio 1933) y con la creación, por Ley del Parlamento de la Generalidad, de 26 de marzo de 1933, del Instituto contra el Paro forzoso, que asumió para Cataluña funciones similares a las que cumplía a nivel estatal la Caja Nacional contra el Paro. Igualmente, por Decreto 8 de diciembre de 1933 se consideraron transferidas a la Generalidad las facultades ejecutivas en materia de Mutualidades gestoras de seguros sociales.

Más compleja fue la transferencia en materia de **relaciones laborales.** El Decreto de 2 de agosto de 1933 realizó una amplia descentralización sobre la que operaban, sin embargo, fuertes contrapesos a favor del poder central. Así, el área de competencias transferidas comprendía:

1.ª) La totalidad de las «facultades ejecutivas» que para su aplicación e inspección se atribuían al Ministerio de Trabajo y Previsión por las leyes de colocación obrera; preferencia de empleo de los trabajadores agrícolas, asociaciones profesionales; jornada, descansos, seguridad e higiene, protección de grupos laborales especiales (menores y mujeres) y huelgas y paros.

2.ª) Las facultades correspondientes al Ministerio de Trabajo y Previsión en materia de organización y funcionamiento de los jurados mixtos, con las limitaciones a que se hará referencia, y siempre que la jurisdicción de éstos no rebasase los límites de la región autónoma o se refiriese a los servicios u obras del Estado en Cataluña.

3.ª) Las competencias correspondientes al Gobierno respecto a los Tribunales Industriales constituidos o que se constituyeran en Cataluña.

4.ª) La totalidad de las facultades legislativas y ejecutivas en materia de cooperativas, mutualidades y pósitos, salvo, para las legislativas, las relativas a mutualidades gestoras de seguros sociales y a las cooperativas de casas baratas.

5.ª) En una fórmula abierta, las competencias de ejecución y organización de los servicios que establecieran para la ejecución cualesquiera otras leyes que el Estado dictase y que por su objeto quedaran comprendidas en las materias transferidas.

Para el desarrollo de estas competencias, pasan a depender de la Generalidad las Delegaciones Provinciales y locales del Consejo de Trabajo, los Jurados mixtos y Delegaciones Provinciales de Trabajo y, en general, todos los organismos locales y provinciales encargados en el territorio catalán de la aplicación e inspección de las leyes cuya ejecución corresponde al Gobierno de Cataluña, al cual se le transfieren también los bienes y derechos de estos servicios y «todos los expedientes y documentos referentes a los mismos», así como la propia burocracia laboral en los términos establecidos con carácter general por los Decretos de 28 de marzo de 1933. El alcance de la transferencia determina el surgimieno de una Administración laboral catalana, cuyo órgano central es la Consejería de Trabajo, con competencias en materia de trabajo y previsión, de la que dependen las delegaciones de las cuatro provincias catalanas; se establece también una administración consultiva (el Consejo de Trabajo de Cataluña) e institucional (el Instituto contra el Paro Forzoso) propias y, en el plano jurisdiccional, un Tribunal Central de Trabajo de Cataluña.

2. Sin embargo, el proceso de transferencia muestra una ampliación de los mecanismos de control sobre los previstos en el Estatuto. Esa ampliación se advierte claramente al examinar los límites impuestos a la transferencia en materia de jurados mixtos (—núcleo central del modelo, como ya se ha expuesto—) y en la configuración de los servicios de inspección del Estado. Así, en lo que afecta a los jurados mixtos, las atribuciones del Consejero de Trabajo de la Generalidad se limitan a resolver los recursos contra los fallos frente a «reclamaciones individuales o de derecho privado», e, incluso, en relación con éstas, «los recursos por infracción de la Ley y de los precedentes de los jurados» se reservaban al Ministerio de Trabajo y Previsión, el cual podía, además, en todo caso, «dictar las normas de interpretación o aplicación de las leyes que considere pertinentes», a las que debían ajustarse los organismos de la Generalidad. Aunque al Decreto de 13 de abril de 1934 extiende la competencia del Consejero de Trabajo a la resolución de los recursos contra las «bases de trabajo», los controles vuelven a reforzarse, ya que se establece una instancia revisora paralela ante el Ministerio que a petición de los particulares o de la Delegación Especial de Trabajo en Barcelona, dependiente del poder central, podía revocar las bases de trabajo o acuerdos de carácter general de los jurados tanto por infracción de Ley como por «lesión o quebranto de la industria o rama industrial». El poder central se reservaba así, en última instancia, la decisión final sobre la fijación de condiciones de trabajo en Cataluña; dirección centralizadora que confirmaría el Decreto de 2 de julio de 1935. Al mismo tiempo, el Estado establece una Administración laboral paralela en Cataluña (la Delegación Especial de Trabajo), que comprende, aparte de la gestión de las competencias no transferidas, no sólo la inspección de la actuación de la Generalidad, a los efectos previstos en el artículo 6 del Estatuto (facultad del Estado de ordenar a la Generalidad que subsane las deficiencias que observe en la aplicación de las leyes sociales, con posibilidad de recurso por parte de ésta ante el Tribunal de Garantías Constitucionales), sino competencias claramente concurrentes, ya que los servicios estatales pueden en Cataluña actuar directamente, y sin mediación de la Generalidad, las facultades inspectoras y sancionadoras en caso de infracción de leyes sociales.

d) Significado político de la descentralización

1. Las constituyentes de 1931, al delimitar el nuevo «Estado integral», parecen haber sido conscientes de la «crisis del orden federal»; una de cuyas manifestaciones más importantes es la ampliación de las competencias del Estado central a causa de que «las tareas estatales exigidas por el Estado de bienestar... no pueden ser realizadas si existen desigualdades territoriales en el territorio de la organización federal» (Loewenstein). Y en este sentido, es claro que una descentralización política del tipo que se delineaba en el proyecto de Estatuto Vasco de Estella, hubiera bloqueado le desarrollo de la legislación social española, generando una serie de desequilibrios regionales, en función de las posibilidades económicas de cada región o de particulares coyunturas políticas o sindicales. Por ello, el régimen autonómico republicano precisó claramente que la legislación social, tanto a nivel de Ley formal como a nivel reglamentario, se reservaba en exclusiva al Estado. De este modo, quedaban garantizados la uniformidad del sistema laboral y de previsión y su desarrollo unitario en todo el territorio nacional. La transferencia (controlada) de la ejecución permitía además un margen de descentralización administrativa que la escasa duración del régimen autonómico y el propio nivel de desarrollo de la previsión social de la época impiden valorar adecuadamente. Más complejos son los límites que actuaron sobre la descentralización en el ámbito de las relaciones laborales. Si bien la reserva de la legislación y la reglamentación al poder central se inscribe en la misma y razonable tendencia de garantizar la uniformidad del modelo en todo el territorio y, especialmente, las normas mínimas de orden público laboral (jornadas y descansos, seguridad e higiene, despido...) y la articulación del marco de las relaciones colectivas (jurados mixtos, asociaciones profesionales, conflictos colectivos...), la multiplicación de los controles en el proceso de transferencia y la correlativa restricción de la esfera autonómica deben conectarse con los recelos, u hostilidad manifiesta, con que los partidos dominantes (socialistas en el bienio progresista; radicales y cedistas en el bienio negro) contemplaron el proceso autonómico y el protagonismo de las burguesías periféricas. La degradación de las competencias transferidas (patente en la centralización de los recursos frente a las bases de trabajo y la creación en el territorio catalán de una Administración laboral paralela dependiente del poder central y con competencias concurrentes con las de la Administración laboral catalana) responde tanto al deseo de los socialistas de mantener su hegemonía en la fijación de las condiciones de trabajo y de frenar «armoniosamente» los **particularismos regionalistas**, que, en la teorización autoritaria y centralista de Araquistain, aparecían como elementos fomentadores de la «tendencia anarquizante» del sindicalismo, como el asalto derechista al «separatismo catalán».

2. El resultado será no sólo una **descentralización puramente administrativa**, reducida a las competencias de ejecución y vaciada de potestades normativas, políticas, sino la neutralización del ámbito de esa descentralización administrativa y su reducción a lo que la doctrina científica califica

como **descentralización normal o media**, en la que la transferencia de poderes de decisión va acompañada de un fuerte control por parte del poder central (García Trevijano).

II. EL ESTADO NACIONAL-SINDICALISTA Y EL PERIODO DE LA TRANSICION POLITICA

1. La derrota de la República, en la guerra civil, conducirá a la consolidación de un nuevo Estado que ha sido calificado como «nacional-sindicalista, totalitario, autoritario, unitario, imperialista y ético-misional» (Rama), al servicio de un bloque dominante heterogéneo con sucesivas alteraciones hegemónicas y cohesionado por el elemento ideológico-jefe como «Estado militar de excepción» (Sergio Vilar, siguiendo las categorías de Poulantzas). Ese Estado supone una ruptura violenta del orden constitucional republicano, la liquidación de las autonomías regionales y la construcción de un modelo de relaciones laborales ya decididamente autoritario, mientras que la previsión social heredada, de acuerdo con la concepción paternalista del nuevo régimen, experimentará una expansión sostenida mediante una fuerte presión sobre la masa de salarios y una recentralización de los mecanismos de gestión. Ello hará que la recuperación de las autonomías, en 1978, opere sobre unas variables (la configuración, sobre todo, de las Administraciones laboral y de seguridad social) que no tienen comparación con las existentes en el período 1931-1936. Y ello, no sólo, por la fuerte tradición centralista que impregna a las nuevas burocracias, sino, en particular, por el volumen de gestión —espectacular en el caso de la seguridad social, pero también importante en el área de las relaciones laborales— acumulado por la Administración Pública nacional-sindicalista y por las técnicas, fuertemente concentradas, que han venido presidiendo el funcionamiento de esa Administración, que, por lo demás, permanecería intacta en lo sustancial tras un discutible proceso de transición política dirigido por la más hábil fracción de la propia élite política franquista.

2. Un análisis de la situación del modelo laboral y de la seguridad social es imprescindible para delimitar los presupuestos materiales que condicionan el nuevo proceso autonómico.

A) EL MODELO AUTORITARIO DE RELACIONES LABORALES Y SU CRISIS (1938-1978); REPERCUSIONES DE LA TRANSICION POLITICA

1. Un período de cuarenta años es lo suficientemente prolongado como para producir alteraciones significativas en la configuración de cualquier modelo de relaciones laborales; alteraciones que, en definitiva, expresan los cambios generados en la estructura económica, que, a su vez, modalizan e intensifican la penetración del modo de producción capitalista en la formación social española (crecimiento económico, concentración finan-

clera, conexión banca-industria en la nueva articulación del poder económico monopolista, desagrarización y desvinculación capital financiero-capital latifundista, fuerte dependencia en la industria española respecto al capital extranjero, extensión de las prácticas del capitalismo de Estado...), la propia evolución del régimen político y la práctica de la lucha de clases, que empieza a actuar como un importante elemento desintegrador del modelo a partir de la reconstrucción del movimiento obrero operado en los años sesenta.

2. Con todo, el modelo revela una fuerte resistencia institucional reforzada por una relativa capacidad táctica de adaptación. De ahí que, aunque puede hablarse de una fundamentación ideológica dotada de una indudable permanencia, y que se estructura sobre dos componentes de origen católico-conservador y fascista (**concepción comunitaria** de las relaciones de producción, con armonización de intereses en el seno de la empresa y funcionalización y subordinación de esos intereses no antagónicos al **interés superior de la Nación**, cuyo representante, el Estado, inviste de «auctoritas» al empresario, en su papel de «jefe de empresa», proyectando así la concepción jerárquica del orden político en el seno de la misma), el funcionamiento real del modelo permite establecer las siguientes fases:

— **Fase heteronómica (1939-1958):** Coincide con el período de acumulación y reconstrucción capitalista y sus rasgos fundamentales son: 1) abolición total de la autonomía colectiva como fuente de regulación de las condiciones de trabajo (desmantelamiento de las centrales obreras de clase, encuadramiento forzoso en un sindicato oficial y mixto, mero instrumento de la política económica del Estado, fijación por el Estado de las condiciones de trabajo, salarios en particular, y represión penal de los medios de acción colectiva); 2) configuración autoritaria de la estructura de poder en la empresa (fortaleciendo el poder directivo del empresario, concibiendo los «jurados de empresa» como órganos mixtos, conciliatorios, con meras competencias asesoras, sometidos a la dirección, único titular ésta de fuertes potestades disciplinarias); 3) desarrollo «compensatorio» de una política social de corte paternalista (la llamada «previsión social ofensiva») montada financieramente en la manipulación estatal del salario indirecto y de la parafiscalidad.

— **Fase de flexibilización relativa (1958-1970):** Se inicia con el Plan de estabilización y los intentos de modernización del arcaico capitalismo español. Evoluciona la orientación racionalizadora de la plusvalía absoluta hacia la plusvalía relativa, como consecuencia de diversos factores, entre ellos la incipiente presión obrera y la necesidad de extender el mercado interior, el interés por la productividad y la organización científica del trabajo, hasta entonces ignoradas por la excesiva burocratización del modelo. En concreto las revisiones que se introducen son: 1) aceptación de un tímido marco de negociación colectiva (Ley de 1958), sometida en exceso al control administrativo (el convenio colectivo no pasará de ser un «reglamento administrativo» desvirtuado), pero con un notable reforzamiento de las medidas represivas para el asociacionismo obrero y la lucha colectiva

(Ley de Orden Público de 1958, normativa de 1960 sobre rebelión, bandidaje y terrorismo, Decreto de 1962 sobre conflictos colectivos); 2) ciertos intentos de racionalización y limitación de la política social, con inclinación a liberar las alzas de los salarios directos a costa de los indirectos, establecimiento del sistema de bases tarifadas de cotización a partir de 1963, freno a la magnificencia inmobiliaria precedente...; 3) fomento de la productividad, a través de una política tecnocrática de empleo, formación y movilización de mano de obra (formación profesional de adultos, seguro de desempleo, reestructuraciones industriales...).

— **Crisis del autoritarismo (1970-1976):** A partir de 1970 el índice de conflictividad laboral se incrementa cuantitativamente y su contenido reivindicativo se transforma cualitativamente. En 1970 se sustituye la legislación de conflictos, con escaso éxito, disparándose éstos en 1976, año en el que la conflictividad se inserta dentro de una estrategia de masas evidentemente coordinada. Las huelgas «económicas» ceden ante las de alcance «político-social», aparte de que incluso aquéllas adquieren una peculiar intensidad política al enfrentarse contra un bloque en el que las posiciones negociadoras del patronato están, en gran medida, confundidas con el intervencionismo estatal en la congelación de salarios: sin olvidar el establecimiento de plataformas reivindicativas encaminadas a la sustitución del modelo heteronómico mismo (así, la gran plataforma de enero, la plataforma unitaria de la C. O. S. en septiembre...).

En definitiva, la crisis —explicitada en 1970, incrementada en 1974 e insuperable en 1976— se define en función de una serie de factores determinantes: el factor básico es **la pérdida de la eficacia represiva del modelo de relaciones laborales,** achacable no sólo a la crisis política del franquismo, sino al fortalecimiento del movimiento obrero, detectable en la extensión del poder de convocatoria de las centrales sindicales de clase. Pero, además, no puede ocultarse la actuación del propio modelo autoritario como **factor de irracionalización de la práctica de las relaciones laborales,** en la medida en que el modelo estimula la movilización de la conflictividad (reivindicaciones directas contra el marco institucional de las relaciones de trabajo, utilización de la conflictividad como fuente de lucha para la «ruptura» por los partidos y sindicatos obreros). El modelo no sólo potencia el conflicto sino que impide la adopción de soluciones al no establecer cauces adecuados para su institucionalización o al agudizar o endurecer, con medidas escasamente racionalizadoras —y en muchos casos objetivamente demagógicas o ilusionistas— los antagonismos reales.

3. La muerte del general Franco determinará, después de una pugna entre continuistas y revisionistas, que se desarrolla durante 1976 y el primer semestre de 1977, la apertura de un **proceso de transición política,** en el que tendrá lugar un **restablecimiento simbólico generalizado de las autonomías regionales** (el denominado «fenómeno preautonómico») y un replanteamieno de las **bases del modelo de relaciones laborales.** Ahora bien, mientras que el fenómeno preautonómico no rebasará, en general, ese nivel puramente simbólico, la reestructuración del modelo de relaciones laborales,

pese a su incoherencia, fragmentariedad y a la valoración mayoritariamente negativo que merece su instrumentación, tiene una indudable trascendencia. Esa reestructuración opera en dos fases, que, a pesar, de su proximidad temporal, están evidentemente desconectadas en sus presupuestos teóricos. La primera, y a la vez la más regresiva e incoherente, está constituida por el Real Decreto-Ley 17/1977. Este se presenta, en su preámbulo, como «una profunda reforma normativa» que asegura la superación de «una concepción política intervencionista» —a la que de pasada se justifica como propiciadora de una «larga etapa de importantes avances sociales»— por otra basada en el principio de «liberalización» de las relaciones de trabajo, en consonancia con los sistemas jurídicos imperantes en los países de Europa occidental». Pero, como ha señalado la doctrina científica, el Real Decreto-Ley 17/1977 es norma todavía dependiente de las concepciones fundamentales del modelo autoritario, sobre las que introduce, en materia de relaciones colectivas de trabajo, meros «retoques cuantitativos» (Palomeque), con los que trata de ocultarse su medida auténticamente innovadora: el ataque al principio de estabilidad del empleo, mediante una eficaz, y esta vez exacta, «liberalización» del despido de acuerdo con los objetivos empresariales. La falta de reconocimiento de la libertad sindical bloquea toda la regulación de las relaciones colectivas, abordada, además, con criterios claramente restrictivos de la autonomía colectiva y manteniendo lo esencial del esquema intervencionista (laudo de obligado cumplimiento en los conflictos colectivos, subsistencia, aunque limitada, de la regulación estatal directa de condiciones mínimas de trabajo; intervención de la Admnistración en la negociación colectiva y subsistencia del control fundamental a través del trámite de la homologación administrativa del convenio...).

De ahí que, al iniciarse, un mes más tarde, la segunda fase de la reestructuración del modelo, que se centra en el reconocimiento de la libertad sindical (Ley 19/1977, sobre derecho de asociación sindical, Real Decreto-Ley 31/1977, sobre extinción de la sindicación obligatoria, ratificación, en abril de 1977, de los Pactos Internacionales de Derechos civiles y políticos y de Derechos económicos, sociales y culturales, y de los Convenios de la O. I. T. números 87 y 98), se produzca una manifiesta incoherencia entre las nuevas normas sobre libertad sindical y la subsistencia del modelo autoritario consagrada en el Real Decreto-Ley 17/1977, como se advierte al examinar, entre otras cuestiones claves, la capacidad convencional y la legitimación para la declaración de la huelga. Lo cierto es que, a partir de ese momento, el modelo autoritario deja de existir y la incoherencia del sistema normativo abre paso a un **desvanecimiento del derecho**, en el que las relaciones colectivas de trabajo funcionan a partir de nuevas convenciones entre los antagonistas sociales y la propia Administración, cuya base es la común aceptación de la inaplicabilidad o la aplicación puramente selectiva, al sólo efecto de cobertura formal, del derecho colectivo del trabajo teóricamente vigente.

4. Pero este eclipse del derecho positivo no alterará el notable grado de ampliación y concentración de competencias alcanzado por el interven-

cionismo estatal en la era franquista. El Estado sigue conservando un poder exorbitante sobre el considerado normal en los sistemas democráticos. En el plano normativo, el intervencionismo estatal, lejos de reducirse al establecimiento de los principios básicos de la relación de trabajo y a la delimitación del orden público laboral, a través de un sistema de normas mínimas, sigue manteniendo la potestad de una reglamentación alternativa e independiente de las relaciones de trabajo, frente a la autonomía colectiva, que se completa con el reconocimiento, a favor de la Administración, de una interpretación general del ordenamiento laboral. Y controla, además, el desarrollo de las relaciones colectivas mediante la intervención en la negociación (autorización de la negociación, suspensión de la misma, homologación e interpretación «general» del convenio) y en los conflictos de trabajo. Por otra parte, en la esfera de la acción administrativa, la Administración laboral desborda también el ámbito de la policía sobre el cumplimiento de las leyes sociales (vigilancia y sanción de las infracciones del ordenamiento laboral imperativo), para asumir competencias jurisdiccionales (conflictos de clasificación profesional, traslados, decisiones en materia de regulación de empleo, e, incluso, según algún sector doctrinal, la atribución de derechos económicos en la detallada, aunque polémica, enumeración de Montoya) en una problemática conexión con las competencias de la jurisdicción laboral. La dimensión real de la Administración se completa con su actividad proteccionista (servicios de colocación, seguridad e higiene, emigración, formación profesional de trabajadores, créditos y ayudas del F. N. P. T.), fuertemente incrementada tras la absorción de las actividades encomendadas a la extinguida Organización Sindical (A. I. S. S.), y para lo cual cuenta con una Administración institucional especializada (Fondo de Garantía Salarial, Instituto Nacional de Empleo, Instituto Nacional de Higiene y Seguridad en el Trabajo, Instituto Español de Emigración...).

Se trata, además, de una Administración fuertemente concentrada, tanto en su organización periférica como institucional (descentralización mínima o impropia con amplios controles «ad personam» y de actividad).

Sobre esta caracterización de la Administración laboral (alto grado de intervencionismo y centralización de los poderes de decisión), la descentralización autonómica no puede operar sin una previa clarificación de la esfera administrativa laboral, más coherente con el modelo de relaciones laborales, diseñado en la Constitución, y con el respeto a la independencia y competencia exclusiva del poder judicial, también consagrado en la misma.

B) EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL HASTA 1978

a) Caracterización general

1. Por razones obvias, derivadas de la propia dinámica del proceso de crecimiento y de la ideología del régimen político, la seguridad social experimenta bajo el franquismo una notable expansión (con amplitud, en

nuestro **Manual de Seguridad Social**, 2.ª ed., 1979). Durante la primera fase (1938-1963/66), esa expansión se mantiene todavía en el marco de la previsión social republicana (seguros sociales), operando una importante ampliación cuantitativa suficientemente conocida (régimen de subsidios familiares en 1938; Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, en 1947; Seguro Obligatorio de Enfermedad, en 1942; Seguro Nacional de Desempleo, en 1961; aparición del Mutualismo Laboral, como régimen complementario, a mediados de la década de los cuarenta). La reforma de 1963-1966, consagró una importante reestructuración del sistema, sobre la aceptación de los principios de universalización, consideración conjunta de los riesgos o contingencias, tecnificación de la cobertura, unidad gestora, reordenación de la protección al régimen financiero y participación del Estado en el sostenimiento del sistema. Aunque la afirmación de estos principios se ha revelado, con posterioridad, retórica en gran medida, y referida más a una coherencia formal (relativa) del marco legal que a una proyección funcional sobre las variables básicas del sistema, lo cierto es que esa relativa coherencia, y, básicamente, la **organización horizontal por regímenes** que sustituye a la **vertical por seguros**, la **unidad patrimonial** y la **estatalización de la gestión**, permitieron un desarrollo todavía más expansivo, especialmente a partir de la reforma de la financiación y acción protectora, abordada en 1972 (Ley 24/1972).

Pero ese grado de expansión del sistema debe analizarse en función de las distintas variables que lo integran (campo de aplicación, financiación, acción protectora y gestión), a efectos de poder determinar las consecuencias que sobre tales variables pueden derivarse del proceso autonómico.

2. En cuanto al **campo de aplicación** (personas incluidas) hay que señalar que el sistema ha optado por una delimitación claramente profesional (art. 7 de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974). Los españoles sólo quedan protegidos si desarrollan alguna de las actividades determinantes de inclusión. El esquema de inclusiones tiene, sin embargo, una gran operatividad si se interpreta a través de la distinción, propia de los sistemas profesionales, entre población protegida directamente (activos incorporados y pasivos beneficiarios en base a su anterior condición de activos incorporados) y la población protegida de forma indirecta (familiares y asimilados protegidos en función de relaciones de parentesco con el grupo de protegidos directos).

3. Por su parte, la **acción protectora** del sistema se ha organizado mediante la integración de diversas técnicas de cobertura, lo que determina una estructura diferenciada en función de los distintos niveles de protección (nivel básico de prestaciones; nivel complementario interno, integrado por la asistencia social y los servicios sociales, y nivel complementario externo) y un cuadro de protección, cuya **extensión**, que recoge la totalidad de las contingencias comprendidas en el Convenio 102 de la O. I. T. (norma mínima) y en la Convención Europea de Seguridad Social, puede estimarse correcta, aunque se producen, dentro del propio régimen general, pero básicamente en determinados regímenes especiales, exclusiones importantes. La **intensidad de la protección** (determinación del nivel de las pres-

taciones sustitutivas de los salarios) ha sido más problemática, si bien, a partir de la Ley 24/1972 el sistema —salvo determinados regímenes especiales entre los que destaca, por su importancia, el agrario— ha optado claramente por los postulados básicos del modelo profesional (equivalencia entre rentas de activo y pasivo) a través del cálculo de las prestaciones sustitutivas del salario sobre las remuneraciones totales percibidas, que constituyen a su vez la base de cotización (principio conmutativo). De esta forma (y a pesar de las rupturas que en la práctica presenta este principio como consecuencia no sólo de la limitación del aumento de la base complementaria individual de cotización, sino, sobre todo, de la política de revalorizaciones), se crea un sistema de prestaciones unitarias que agrupa a un nivel teórico de intensidad lo que en otros ordenamientos suele diferenciarse en un escalón básico y otro complementario.

4. En lo que respecta a la **financiación**, hay que señalar que sobre la misma opera una fuerte expansión del gasto, altamente reveladora del crecimiento real de la seguridad social española durante el último período; crecimiento acelerado, especialmente, desde la reforma de 1972, como consecuencia del alza progresiva de las bases de cotización que se produce a partir de ese año. Durante el período comprendido entre 1967 (primer año de funcionamiento del nuevo sistema) y 1971 tiene lugar un aumento considerable del gasto al que se hace frente a través de un sistema de financiación que presenta las siguientes características:

— Predominio absoluto de la financiación contributiva sobre las aportaciones estatales, que, a pesar de la tendencia al aumento de éstas como consecuencia de la línea iniciada en los Pactos de la Moncloa, se mantienen en un bajo nivel de participación en el total de los recursos (7,4 por 100 en 1978, 9,2 por 100 en 1979), lo que determina una fuerte presión contributiva sobre la masa de salarios con las consecuencias disfuncionales propias de este tipo de imposición (repercusiones inflacionistas, incidencia negativa sobre el nivel de empleo, regresividad social, freno a la expansión de salarios...).
— Distribución (teórica) de esa presión contributiva en función de la capacidad económica de los distintos grupos profesionales, encuadrados en los diversos regímenes, aunque con una localización predominante en el régimen general, el cual, a través de distintas técnicas (compensación, transferencias directas a otros regímenes especiales, revalorización de pensiones) contribuye en gran medida a cubrir la situación deficitaria de determinados regímenes especiales.
— Superación de los desequilibrios territoriales a través de la unidad patrimonial del sistema y de la administración centralizada de los recursos.

5. Esta caracterización del sistema español no ha sido alterada en su estructura, ni en sus variables básicas, por el Real Decreto-Ley 36/1978 y disposiciones recientes de desarrollo. La norma, por el contrario, propicia una auténtica «contrarreforma» de la Seguridad Social, que por la precariedad de sus soluciones técnicas, la falta del más elemental rigor jurídico

(que le lleva, en ocasiones, a regulaciones disparatadas), el carácter regresivo de sus presupuestos políticos (liquidación de la operatividad real de la participación de la gestión, fomento de la privatización), y el uso abusivo de la noción de urgencia, merecería una crítica más detenida que no puede abordarse ahora.

A pesar de la confusión que introduce el artículo 1 en el empleo del concepto de «sistema» y al regular de forma unitaria y sucesiva lo que se denomina «gestión y administración» de los servicios, no se ha producido ninguna identificación conceptual entre las áreas de la **sanidad pública** (que el Real Decreto-Ley denomina impropiamente salud), la **asistencia pública** y la **seguridad social.** Estas áreas siguen siendo realidades institucionales totalmente independientes, cuyo tratamiento conjunto sólo puede interpretarse en función de una perspectiva de ordenación condicionada por la unificación previa de las competencias de tutela sobre los mismos en el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, pero nunca como una prefiguración «organizativa» del régimen público de seguridad social contemplado en el artículo 41 de la Constitución.

b) Examen especial de la gestión del sistema

1. El desarrollo del sistema español de seguridad social ha llevado a una expansión correlativa del aparato de gestión, configurado, por el volumen económico de los servicios y por la importancia de los efectivos empleados (cerca de 300.000 funcionarios, incluyendo el personal sanitario), como una auténtica **Administración paralela.** Los rasgos característicos de ese aparato de gestión son:

1.º El alto grado de **estatalización,** consecuencia de un proceso histórico en el que, frente a la dispersión existente en la etapa republicana, las entidades públicas del sistema van penetrando cada vez de forma más directa e intensa en las áreas de gestión.

2.º El aparato de gestión se encuentra, por otra parte, excesivamente **fragmentado,** al menos en un plano formal. La Memoria explicativa del Presupuesto de la Seguridad Social (para 1978) enumera, con criterios clasificatorios más que discutibles, un total de 289 organismos gestores, número que aunque escasamente significativo al incluir entidades de mínima proyección gerencial (Mutuas Patronales, Mutualidades y Cajas de empresa) es revelador de la multiplicidad organizativa del sistema; fragmentación que sólo será corregida parcialmente por el R. D. L. 36/1978 y disposiciones de desarrollo.

3.º El aparato de gestión está además fuertemente **centralizado,** a pesar de la utilización de la técnica de la descentralización institucional como modalidad de gestión de la seguridad social española. Ello plantea el tema, fundamental a efecto de esta Ponencia, del alcance real de esa descentralización y de las relaciones que en base a la misma se establecen entre la Administración del Estado y las entidades gestoras. En primer lugar, debe señalarse que la descentralización sólo abarca la actividad puramente admi-

nistrativa de gestión y sólo ésta, ya que a diferencia de lo que ocurre en algún sistema nacional (singularmente el francés, tras la reforma de 1967), el Estado se reserva las competencias de «ordenación» (legal y reglamentaria) y de «jurisdicción» (arts. 3, 1 y 4, 1, a) y b) L. G. S. S.). E, incluso, dentro del área de la mera gestión, la descentralización queda limitada como consecuencia de:

— **La existencia de competencias de gestión «retenidas» por la Administración del Estado,** entre las que hay que destacar la inspección (artículo 3, 1, L. G. S. S.), la aplicación del régimen sancionador (art. 60, 3, Decreto 2892/1970), la producción de títulos ejecutivos en el procedimiento recaudatorio, la concesión de aplazamientos o fraccionamientos del pago de las cuotas y otras competencias importantes en materia de recaudación, prácticamente controlada por la Administración del Estado (art. 76 y siguientes de la L. G. S. S.).

— **La fuerte articulación de los mecanismos de tutela,** vinculada al reconocimiento de las potestades de «dirección, vigilancia y tutela», reconocidas expresamente a la Administración del Estado (4, 1, c) y d) L.G.S.S.) respecto a todos los organismos gestores.

De esta forma, la Administración del Estado, aparte de conservar la potestad reglamentaria, asume una posición directiva respecto a los entes gestores pudiendo determinar la actuación de éstos a través de directrices o instrucciones meramente internas y sin carácter normativo, pero muy frecuentes en la práctica. La Administración del Estado controla, además, la dirección de los entes gestores mediante el libre nombramiento y separación del personal directivo de los mismos (art. 45, 1 y 2, L. G. S. S.), a través de la designación de vocales natos y de libre designación en los órganos de gobierno de los entes gestores (art. 41, L. G. S. S.) o, incluso, mediante la asunción directa de «jefaturas» en la mayor parte de los organismos gestores por los titulares de determinados órganos directivos del Ministerio y por los Delegados Territoriales del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social (art. 1,3, del Decreto 211/1978), produciéndose así una «unión personal» entre la Administración del Estado y los organismos gestores, hasta el punto de que determinadas disposiciones recientes han llegado a calificar (con patente incorrección técnica, pero con una obvia expresividad de la **miseria** real de la descentralización en seguridad social) a los organismos gestores de «órganos» del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social (art. 12 R. D. 1558/1977, art. 1 R. D. 1918/1977). La Administración del Estado controla, también, la actuación de los órganos de gobierno de las entidades gestoras cuyos actos pueden suspender o anular. En cuanto al **patrimonio y régimen financiero,** la Administración del Estado fija el porcentaje máximo de los gastos de administración (art. 43, 2, L. G. S. S.); aprueba —aunque con posibilidades de rectificación del legislativo— sus presupuestos (art. 148 L. G. P.), la concesión de créditos extraordinarios y suplementos (art. 150 L. G. P.), las cuentas y balances (art. 43, 2, L. G. S. S.) y debe autorizar la enajenación de bienes y la celebración de conciertos (arts. 50, 2 b) y 209 L. G. S. S.). Por otra parte, la

Administración se reserva **potestades organizativas respecto a los entes gestores** (art. 38, 3, L. G. S. S.), mientras que tampoco se reconoce a éstos una propiedad plena, sino una mera «adscripción» de ciertos «medios económicos» del «patrimonio único» de la seguridad social, pudiendo, incluso, el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, afectar estos medios económicos a cualquier objetivo de la acción protectora del sistema, con independencia de la adscripción formal delos mismos a una determinada entidad gestora (arts. 48 a 51). Esta centralización económica se potencia al máximo con la creación de la Tesorería General la que, aparte de unificar todos los recursos financieros del sistema, asume con respecto al mismo «la recaudación de los derechos» (sic), el pago de las obligaciones y la distribución en el tiempo y en el territorio de las disponibilidades dinerarias, siendo de destacar que, siguiendo la técnica de la «unión personal», al Director General de Personal, Gestión y Financiación del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social se le atribuye la condición de Tesorero General y Ordenador General de Pagos del sistema (R. D. 2318/1978).

4.º El aparato de gestión no sólo tiene un grado de descentralización institucional mínimo, sino que desconoce cualquier forma de desconcentración territorial y es, por otra parte, una red organizativa **fuertemente concentrada** en sus vértices centrales, los que acumulan prácticamente todos los poderes de decisión, como muestra el análisis de la distribución de competencias entre la esfera central y los órganos territoriales, prácticamente reducidos al reconocimiento de prestaciones.

2. En cuanto a las repercusiones del Real Decreto-Ley 36/1978, y normas de desarrollo, sobre el proceso de descentralización a que puede dar lugar el desarrollo de las previsiones constitucionales, es necesario precisar que su contenido se reduce a:

1.º) **Una «aparente» simplificación de la fragmentación de las estructuras de gestión del sistema de la Seguridad Social**, a través de la supresión de un determinado número de entidades gestoras y servicios comunes (disp. final 1.ª) que se sustituyen por las de nueva creación: Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, e Instituto Nacional de Servicios Sociales (art. 1, 1). Pero esta simplificación resulta escasamente convincente si se tiene en cuenta la totalidad del texto.

> Así, el Instituto Nacional del Empleo (art. 5, 1 y 2), aunque calificado como entidad estatal autónoma, es en realidad, básicamente, un organismo gestor de la seguridad social tanto por su función (en la que la administración de las prestaciones de desempleo es fundamental) como por su financiación (en gran parte, contributiva). En el Instituto Nacional de la Seguridad Social se «integran» (art. 1, 1), además, aunque descalificadas como Entidades Gestoras y despersonificadas, las Mutualidades Laborales y «demás Entidades de estructura mutualiste», que luego «se suprimen» (disposición final 1.ª, 2), más tarde se declaran transitoriamente subsistentes, junto con las Mutualidades y Cajas de Empresa, hasta que por el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social «se disponga lo procedente» (disp. trans. segunda, 1.º), después, con evidente confusión (el Instituto Nacional de las Fuerzas Armadas no es una entidad de estructura mutualista), se exceptúa de la subsistencia transitoria a otras (disp. trans. segunda 2.º), para, final-

mente, y en una vuelta al principio, transformarse en seis nuevas Mutualidades (art. 1, 1) con funciones fundamentalmente representativas y de participación (¡!). Se crea, asimismo, un nuevo Servicio Social, el de Medicina Preventiva (art. 5, 4), superpuesto a los dos organismos con competencias sanitarias incluidos en el Real Decreto-Ley (Instituto Nacional de la Salud y Administración Institucional de la Sanidad Nacional, que precisamente tiene atribuidos los servicios de prevención). Por su parte, en las disp. adic., emergen tres Servicios Comunes: la Tesorería General, el Servicio de Reaseguro, el Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social y el Instituto Social de la Marina que mantiene las funciones que tenía encomendadas, a pesar de que, en el artículo 1, 1, éstas se habían atribuido al Instituto Nacional de Seguridad Social, para lo cual se había integrado en el mismo «transformativamente» una Mutualidad del Mar (!).

2.º) **Una transferencia al Estado y especialmente a financiación fiscal de determinados servicios sociales de la seguridad social,** de los cuales dos lo son en forma total (el Servicio de Universidades Laborales, transformado en Instituto Nacional de Enseñanzas Integradas, y el Instituto Español de Emigración), mientras que en los restantes (Servicio de Empleo y Acción Formativa y el Servicio de Seguridad e Higiene del Trabajo) la transferencia actúa sólo de forma parcial, ya que ciertas áreas de estos servicios son recuperadas para la financiación contributiva por el Instituto Nacional del Empleo y el Servicio Social de Medicina Preventiva.

3.º) **Una posible ampliación de la gestión privada,** ya que la ambigua redacción del artículo 2.3 parece ensanchar subjetivamente el ámbito de la colaboración de la gestión regulado actualmente en la L. G. S. S.

4.º) **La liquidación definitiva de la operatividad de la participación social en la gestión,** ya que esta participación (que ya fue bloqueada ilegalmente por el Real Decreto 1837/1977), tras el Real Decreto-Ley queda reducida al «control y vigilancia» (sic) de los organismos gestores, cuando, de acuerdo con la L. G. S. S., esa participación se refería al núcleo central de decisiones de los gestores (los órganos de gobierno); y, finalmente, se estructura de acuerdo con el principio de igualdad numérica de las representaciones, frente al criterio de la L. G. S. S. que consagraba la mayoría de los vocales electivos y, dentro de ésta, la de los representantes de los trabajadores.

En este ámbito de la gestión —objeto normativo fundamental del Real Decreto-Ley, y de sus disposiciones de desarrollo— aparte de algunas afirmaciones sorprendentes (como la del párrafo 1.º del artículo 1, según el cual la «legislación» y «jurisdicción», como funciones del Estado en materia de seguridad social, deberían ejercerse «a través del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social»), los rasgos básicos del aparato de gestión (fragmentación, descentralización institucional, tutela) se mantienen, o, incluso, se acentúan. Sólo el artículo 2, 1, en el que se establece que los «organismos... desarrollarán su actividad en régimen de descentralización delos diferentes ámbitos territoriales», podría presentar un relativo interés por su posible vinculación con el proceso autonómico. Pero el precepto, aparte de ser puramente programático o desiderativo, es, sobre todo, una pura contradicción. En efecto, la descentralización implica una transferencia de competencias inter-subjetiva (de persona a persona), lo que deter-

mina la imposibilidad lógica de la proporción normativa. Los organismos no pueden actuar en régimen de descentralización, pues **para actuar** en tal régimen necesitarían precisamente **no actuar**, es decir, transferir a otros entes de carácter territorial (Corporaciones Locales, Comunidades Autónomas...) sus competencias. La mención a la descentralización debe verse, por tanto, sólo como un error técnico (confusión con desconcentración, entre los numerosos que contiene el Real Decreto-Ley). Es más, en el artículo 2, 2, se advierte una clara tendencia antiautonómica al señalar que los centros sanitarios y asistenciales de los Organismos gestores «podrán» ser gestionados y administrados por las Entidades Locales. La intención del precepto es obvia. Mediante una descentralización mínima desde el organismo gestor al ente local, lo que se intenta es evitar una **descentralización plena del Estado a la Comunidad Autónoma**, el cual a su vez determinaría los niveles de descentralización inferiores en los ámbitos institucional o territorial dentro de sus competencias. De esta forma, se neutraliza la posibilidad, potencialmente importante, de absorción directa de competencias por la Comunidad Autónoma, para establecer una descentralización secundaria y políticamente irrelevante entre las entidades locales y el organismo gestor. Se trata de eliminar así la posibilidad de autoorganización de los servicios por la Comunidad Autónoma y de privar a ésta de la tutela sobre los servicios asistenciales y sanitarios para establecer esa tutela mediante un sistema encadenado y centralista que iría del ente local al organismo gestor y de éste al Gobierno central.

El Real Decreto-Ley, no sólo ignora todas las consecuencias que sobre la organización administrativa de la Seguridad Social pueden derivarse del marco autonómico constitucional, y especialmente de las facultades de autoorganización que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas, sino que tiende a impedir el cumplimiento de las previsiones constitucionales, a través de un sistema de descentralización controlado que permita mantener la hegemonía del Gobierno central.

III. LA CONSTITUCION DE 1978. MODELOS DE RELACIONES LABORALES Y SEGURIDAD SOCIAL. CONFIGURACION DEL MODELO AUTONOMICO

A) EL MODELO DE RELACIONES LABORALES

a) Caracterización

1. El nuevo régimen español, y el **modelo político** adaptado a él, se caracterizan, a la vez, por una reacción contra el autoritarismo precedente, lo que lleva al establecimiento de una forma democrática de convivencia, sobre el paradigma occidental, y por la concepción capitalista y burguesa de la organización social. La Constitución de 1978, pese a su ambigüedad, no resulta compatible con un modelo de organización socialista, y precisamente en ese dato se diferencia de alguna de las importantes Constituciones europeas —señaladamente la italiana— que fueron tenidas en cuenta para su elaboración.

Vida entiende que la Constitución admite fórmulas capitalistas de capitalismo intervenido y fórmulas de socialismo no autoritario. Perona cree que tolera desde un capitalismo liberal hasta una economía colectivista, con su gama intermedia de posibilidades. Solé Tura, por su parte, opina que permite sólo «la infiltración y progresivo control de los aparatos estatales».

2. El modelo de relaciones laborales es, lógicamente, un subproducto del modelo político; puede considerarse, pues, un modelo «democrático» (no autoritario) y un modelo capitalista (no socialista), igualmente en la línea de los modelos hegemónicos del occidente europeo.

Es un modelo democrático —o, más exactamente, neo-liberal— porque, al menos convencionalmente —lo que equivale a prescindir de una tipificación más rigurosa, sobre las nociones de «democracia económica» y «democracia industrial» (García Becedas)— se basa no en el protagonismo del Estado, sino en la «inteligencia de los antagonistas sociales», a los que se reconoce el fundamental derecho de la «libertad sindical», uno de cuyos efectos es el de dotarles de «autonomía colectiva», o instrumento de que los grupos sociales (obreros, patronales) disponen para la defensa (autodefensa) de sus propios intereses. Constitucionalizado el derecho a constituir organizaciones de clase (sindicatos, asociaciones patronales u otras formas organizativas), sus funciones históricas (en particular, la autotutela y la autorreglamentación) pasan a configurarse como derechos subjetivos y, en el caso español, quedan además explícitamente amparados, en límites amplísimos la autotutela y mucho menos amplios la autorreglamentación, por la misma norma constitucional. Sin embargo, la libertad sindical, y sus efectos en la dinámica de las relaciones laborales, no elimina la posibilidad (sin duda tampoco la necesidad) del intervencionismo del Estado, aunque éste se diseñe con mucha mayor modestia que hiciera en su día la Constitución Republicana de 1931, precedente último de un modelo «democrático» de relaciones de trabajo. De ahí que el Estado quede legitimado como «interlocutor social», junto con los «antagonistas sociales» y haya de continuar realizando actividades de intervención en el triple plano normativo, ejecutivo y judicial.

Borrajo ha escrito que ... «el nuevo derecho del trabajo será un derecho de organización, y no sólo de protección, y, mayoritariamente, un derecho convencional»...

En la Exp. Mot. del Proyecto de Ley de «Estatuto de los Trabajadores», se resalta la contraposición de intereses en el mundo del trabajo, el principio de autonomía colectiva de las partes sociales, y el otorgamiento al Estado de la correspondiente potestad normativa en materias laborales (BOCG, 1979, 62-I).

Sagardoy, por su parte, ha expresado la opinión de que la Constitución no «constitucionaliza el monopolio sindical», a diferencia del Fuero del Trabajo, que sí había constitucionalizado el «monopolio estatal».

3. Es, además, un modelo capitalista, basado en la apropiación de trabajo ajeno por personas privadas, las cuales, aparte de ostentar la propiedad de los medios de producción (art. 33), actúan en régimen de libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado (art. 38) (en un **Estudio Jurídico** del **Círculo de Empresarios** se dice que la **libertad de empresa** se reconoce por la Constitución como «derecho subjetivo del empresario»,

como «derecho fundamental» y como «sistema económico»); el hecho de que un porcentaje del trabajo se realice en el sector público no desmerece la conclusión general, ni tampoco el reconocimiento del principio de la «iniciativa pública» en la actividad económica (art. 128, 2) o la posibilidad de su planificación (art. 131, 1), sobre todo si se tiene en cuenta que las garantías constitucionales respecto de la libre empresa (arts. 53, 1 y 168) no se extienden a la iniciativa pública (Alzaga). De modo que la célebre postura, en 1954, del Tribunal Constitucional de la R. F. A., sobre la «neutralidad» de la **Grundgesetz** en materia de política económica no es aplicable al marco constitucional español. Intervenga o no el Estado, y sea mayor o menor la apariencia de respeto a la autonomía colectiva (Valdés), difícilmente es aceptable que la Constitución de 1978 cuenta con dispositivos adecuados para evitar que la clase dominante mantenga su actual situación de poder o, incluso, la refuerce, y, en este sentido, puede afirmarse con rotundidad la constitucionalización del modo de producción capitalista y que el respeto a ese modo de producción actúa como «techo ideológico» (Murillo Ferrol) de la Constitución de 1978.

En modo alguno altera la valoración precedente, sino que la confirma, la previsión constitucional de tímidas formas de participación (art. 129), pues, como ha visto agudamente la mejor doctrina (Romagnoli), la coincidencia del «interés individual del empresario» y de la «utilidad social», parece ser, en la Constitución, el resultado espontáneo de una ley natural.

Resulta por ello inequívoca la caracterización del modelo laboral en el texto constitucional (en contra Rivero) y es difícil admitir, fuera de lo afirmado, que dicho modelo se defina por elementos como la «socialidad del Estado» o el «personalismo», entendido éste como el respeto a la dignidad de la persona humana (Rodríguez-Piñero). Aunque, naturalmente, el artículo 9, 2, permite aplicaciones de muy distinto alcance, en función de la ideología y objetivos del partido en el poder, existe el fundado peligro de su inocuidad, de que su función sea la de mera fórmula retórica, incapaz de suyo de aportar elementos correctores a los resultados lógicos del modo de producción capitalista aceptado. Aciertan pues los que, con mayor realismo, aunque con muy distinta motivación, niegan al artículo 9, 2, desde posiciones conservadoras, la imposición de un modelo igualitario (Suárez), ya que el «grado de ambición» que, al respecto, tiene el nuevo Estado democrático se deduce, indubitadamente, del título I, capítulo II (Alzaga), y dicho grado no es, en modo alguno, excesivo, pese a las concordantes formulaciones de «igualdad» que la Constitución contiene (artículos 1; 14; 139, 1; 149, 1, etc.). La regla de la igualdad de los ciudadanos, afirmada a nivel de la organización constitucional del Estado, se niega además de seguido a nivel del ordenamiento de las relaciones sociales de producción (Romagnoli, Mancini).

El artículo 9, 2, es una adaptación, casi literal del artículo 3, 2, de la Constitución italiana de 1947 (si bien en ésta existe una alusión a los «trabajadores» en lugar de a los «ciudadanos»). En Italia el artículo 3, 2, ha tenido, en efecto, una importante aplicación y ha servido, por ejemplo, para que la Corte Constitucional, en 1974, aceptara la «huelga-política», o, al menos,

> la «económica-política», y para que haya sido aceptado el modelo de la «participación conflictual». Predieri ha dicho del precepto que fue establecido como principio fundamental y fórmula legitimante del Estado como ordenamiento en su conjunto, constituyendo un «pacto de convivencia» o el resultado del compromiso coexistencial de la Constitución dentro de la transitoriedad del orden actual y su superación necesaria para el derecho mismo. Para concluir, en una línea de menor entusiasmo, que el precepto es bifronte: «proposición y declaración constitucional que suscita la apertura, pero también la reafirmación de un papel del aparato»...

4. La tutela de los derechos derivados de las relaciones de trabajo que consagra la Constitución de 1978 se sitúa, ciertamente, en una vía de prudente alcance (Villa-Palomeque), por encima de la parquedad que informa en la materia a la Ley Fundamental de Bonn (1949), en una línea similar a la que plasma en las Constituciones francesas (Preámbulo de la de 1946, declarado vigente en 1958) o italiana (1947), y algunos escalones por debajo de otros textos coetáneos, señaladamente la Constitución portuguesa (1976).

Característica muy acusada es la de que los distintos núcleos temáticos que acepta la Constitución de 1978 en materia de relaciones de trabajo no poseen, en su virtualidad normativa, idéntica significación. Con la salvedad del reconocimiento de la participación en la empresa, el marco legislativo adecuado para las empresas cooperativas y el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción —que recoge el artículo 129, inserto en el título VII, sobre **Economía y Hacienda**— la totalidad de los derechos laborales y sindicales se integran en el título I **(De los derechos y deberes fundamentales)** o parte dogmática. Derechos fundamentales que, en función de su singular colocación sistemática dentro de la estructura formal del título I, poseen muy distinta trascendencia normativa, taxonomía que obliga a distinguir hasta tres niveles de protección y tutela: **derechos fundamentales y libertades públicas** (art. 28 y arts. 53, 2 y 54), **derechos y deberes de los ciudadanos** (arts. 35, 37, 38 y 53, 1) y **principios rectores de la política social y económica** (arts. 39, 1; 40, 41, 42, 43, 1; 49, 50 y 53, 3).

> Sin embargo, el escalonamiento de la tutela de derechos que establece la Constitución en su artículo 53 (números 1, 2 y 3), no puede conducir al resultado de degradar los «principios rectores de la política social y económica» a meras normas programáticas, carentes de aplicabilidad judicial directa, pues como argumenta García de Enterría ... «el juez ordinario mantiene, respecto a esos principios, la plenitud de competencia... que tiene sobre el resto de los preceptos constitucionales y que se articula de manera necesaria con ese monopolio jurisdiccional del Tribunal constitucional»...

Al margen de los juicios de valor sobre el significado de la Constitución de 1978, en este ámbito de las relaciones laborales, juicios que no caben si se abstraen la dinámica diaria del conflicto capital-trabajo y la confrontación política entre las clases (Villa-Palomeque), la valoración que merece el reconocimiento de las libertades y derechos sindicales y laborales no puede hacerse de espaldas a la correlación de fuerzas en el período constituyente.

> De la Constitución española —escriben Sala, Ramírez, Albiol y Campo—

será posible decir lo que se dijo en su día, por Smuraglia, de la italiana: levanta acta, de una parte, de la estructura capitalista de las relaciones de producción, y, de otra, reconoce las exigencias de emancipación y elevación de las clases subalternas en tales relaciones de producción capitalistas. Por ese razón, la Constitución lleva dentro de sí principios opuestos, cuando no contradictorios.

b) Libertad sindical y «derechos colectivos»

1. Configurada la «libertad sindical» como **derecho fundamental** —más rigurosamente, como fuente de un amplio haz de diversos derechos— el tenor de la Constitución adolece de numerosas «insuficiencias políticas» e «imperfecciones técnicas» (ampliamente resumidas por Villa-Palomeque), salvadas en alguna medida por la conversión, en leyes internas, de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado (Convenios 87 y 98 O.I.T. y Pactos N.U., de 1966). En conjunto, sin embargo, ni la consideración de los sindicatos (y asociaciones empresariales), como «instituciones básicas de la organización estatal» ni la minimización de sus funciones (mera «contribución» a la defensa y promoción de intereses —económicos y sociales— propios), que se contienen en el artículo 7, son de suyo suficientes para modificar su auténtica naturaleza de organizaciones de clase ni para reducir su importante papel en la vida política, como consecuencia de la evidente amplitud con que la Constitución configura la autonomía colectiva, en cuanto efecto de la libertal sindical, y las también amplias garantías que establece a su favor y a favor de las funciones sindicales de autotutela y de autorreglamentación.

La protección más reforzada es la que se establece para la libertad sindical y para el derecho de huelga, incluidos sistemáticamente dentro del apartado de los «derechos fundamentales y libertades públicas» (tít. I, cap. II, sec. 1.ª); garantías específicas son, entre otras, las siguientes: reserva de ley (art. 53, 1 y 86, 1) exigencia de ley orgánica para el desarrollo (art. 81, 1), protección judicial ordinaria y constitucional (art. 53, 2, y art. 161, 1, b) y garantías especiales en caso de reforma constitucional (art. 168, 1), a las que se añadiría, en sede teórica, la que se sitúa en el compromiso público de promover la igualdad y la libertad (art. 9, 2) y, en otro plano, la considerable presión internacional sobre el Gobierno (son expresivos los casos planteados ante el Comité de Libertad Sindical, por ejemplo por atentado a esta libertad, a causa del R.D.L. 17/77, caso número 874, Boletín Oficial BIT, 1978, B, número 3).

2. El derecho de huelga (de titularidad individual y ejercicio colectivo, lo que en nada afecta, de suyo, a la función sindical de autotutela) se reconoce en el artículo 28, 2, lo que significa que el constituyente ha vinculado el derecho a la libertad sindical y no a la negociación colectiva. Pretender que en el artículo 37, 2, se reconoce el derecho a la «huelga laboral» —mientras que el artículo 28, 2, reconoce el derecho de huelga del trabajador como ciudadano— tesis hasta ahora excepcional en la doctrina (Suárez), resulta no sólo ilógica sino peligrosa por la regresividad que encierra. Decisivo será, en última instancia, determinar el concepto de huelga (en cuanto «cesación real y concertada del trabajo» o en cuanto

«perturbación colectiva del proceso productivo»), ya que si prosperara la interpretación de que el artículo 28, 2, reconoce exclusivamente el derecho de huelga en sentido estricto (abstracción hecha, eso sí, de su motivación), el artículo 37, 2, podría ser utilizado para aceptar o limitar otras formas de lucha colectiva (en la doctrina esta última parece ser la opinión de Rodríguez Piñero, Martín Valverde y Durán).

> En relación con ese confuso precepto que encierra el artículo 37, 2, de la Constitución, ha dicho Alzaga, sorprendentemente, que dados los términos en los que se encuentra redactado ... «no cabe otra huelga que la colectiva, es decir la adoptada por el conjunto de los trabajadores o por sus sindicatos, pero no la huelga individual»...

Hechos externos a la Constitución (tales como la inseguridad generalizada al valorar la posible vigencia de las normas del nacionalsindicalismo, y del período de la transición política, peligros derivados de un excesivo grado de judicialización del derecho, los modos habitualmente unilateralistas de los órganos de la Administración Laboral, la aún no acabada consolidación de las centrales sindicales y, muy en particular, la «mentalidad nacional dominante», en contra del derecho de huelga y de sus consecuencias, efecto indefectible de casi medio siglo de represión, información tendenciosa y deformación sistemática, que ha afectado a la propia clase trabajadora, por paradójico que pueda parecer) ponen ciertamente en peligro el derecho de huelga (como, por lo demás, viene ocurriendo desde la promulgación de la Constitución), y de ahí la conveniencia de la aprobación de una Ley (orgánica) reguladora, concebida como normativa de **defensa**, que si bien es improbable que tenga lugar desde la ideología de UCD, es a la vez presumible que del consenso parlamentario resulte una norma progresiva, respecto del R. D. L. 17/77 cuyos preceptos (arts. 1-11) se siguen aplicando —pese a que deban entenderse derogados por la Constitución— como vigentes por los poderes públicos.

> Muy importante es la exposición de Däubler acerca de los peligros que acompañan a la inexistencia de norma legal y, de consiguiente, a un proceso de «judicialización» del derecho. A su modo de ver: 1) el derecho judicial representa una forma poco democrática de fijación jurídica, y ello porque se resta influencia al legislador (y, de ahí, a la soberanía popular) concediendo el poder decisorio a personas que tienen garantizada la inamovilidad (mientras que el diputado pone su cargo a disposición popular a intervalos no largos de tiempo; insiste además Däubler en el tecnicismo (esoterismo) de la sentencia frente a la «claridad» parlamentaria, en la dificultad de abarcar la jurisprudencia como un todo unitario, en el contraste entre el grupo minoritario de quienes deciden y el conjunto social que ha de acatar las decisones, etc.; 2) individualiza los conflictos existentes, con el fenómeno que denomina «desplazamiento del momento colectivo»; 3) se introduce un extraordinario grado de rigidez que dificulta la adaptación a las relaciones sociales y políticas cambiantes (sobre todo por la «estabilidad» de las sentencias del Tribunal constitucional, en contraste con la sucesión rápida de criterios en el Parlamento).

Tema distinto, que no se puede tratar ahora porque merece un análisis detenido, es el de cómo pueda establecerse una regulación legal que no incurra en tacha de inconstitucionalidad, que permita una esfera de acción

será posible decir lo que se dijo en su día, por Smuraglia, de la italiana: levanta acta, de una parte, de le estructura capitalista de las relaciones de producción, y, de otra, reconoce las exigencias de emancipación y elevación de las clases subalternas en tales relaciones de producción capitalistas. Por esa razón, la Constitución lleva dentro de sí principios opuestos, cuando no contradictorios.

b) Libertad sindical y «derechos colectivos»

1. Configurada la «libertad sindical» como **derecho fundamental** —más rigurosamente, como fuente de un amplio haz de diversos derechos— el tenor de la Constitución adolece de numerosas «insuficiencias políticas» e «imperfecciones técnicas» (ampliamente resumidas por Villa-Palomeque), salvadas en alguna medida por la conversión, en leyes internas, de los Instrumentos internacionales ratificados por el Estado (Convenios 87 y 98 O.I.T. y Pactos N.U., de 1966). En conjunto, sin embargo, ni la consideración de los sindicatos (y asociaciones empresariales), como «instituciones básicas de la organización estatal» ni la minimización de sus funciones (mera «contribución» a la defensa y promoción de intereses —económicos y sociales— propios), que se contienen en el artículo 7, son de suyo suficientes para modificar su auténtica naturaleza de organizaciones de clase ni para reducir su importante papel en la vida política, como consecuencia de la evidente amplitud con que la Constitución configura la autonomía colectiva, en cuanto efecto de la libertal sindical, y las también amplias garantías que establece a su favor y a favor de las funciones sindicales de autotutela y de autorreglamentación.

La protección más reforzada es la que se establece para la libertad sindical y para el derecho de huelga, incluidos sistemáticamente dentro del apartado de los «derechos fundamentales y libertades públicas» (tít. I, cap. II, sec. 1.ª); garantías específicas son, entre otras, las siguientes: reserva de ley (art. 53, 1 y 86, 1) exigencia de ley orgánica para el desarrollo (art. 81, 1), protección judicial ordinaria y constitucional (art. 53, 2, y art. 161, 1, b) y garantías especiales en caso de reforma constitucional (art. 168, 1), a las que se añadiría, en sede teórica, la que se sitúa en el compromiso público de promover la igualdad y la libertad (art. 9, 2) y, en otro plano, la considerable presión internacional sobre el Gobierno (son expresivos los casos planteados ante el Comité de Libertad Sindical, por ejemplo por atentado a esta libertad, a causa del R.D.L. 17/77, caso número 874, Boletín Oficial BIT, 1978, B, número 3).

2. El derecho de huelga (de titularidad individual y ejercicio colectivo, lo que en nada afecta, de suyo, a la función sindical de autotutela) se reconoce en el artículo 28, 2, lo que significa que el constituyente ha vinculado el derecho a la libertad sindical y no a la negociación colectiva. Pretender que en el artículo 37, 2, se reconoce el derecho a la «huelga laboral» —mientras que el artículo 28, 2, reconoce el derecho de huelga del trabajador como ciudadano— tesis hasta ahora excepcional en la doctrina (Suárez), resulta no sólo ilógica sino peligrosa por la regresividad que encierra. Decisivo será, en última instancia, determinar el concepto de huelga (en cuanto «cesación real y concertada del trabajo» o en cuanto

«perturbación colectiva del proceso productivo»), ya que si prosperara la interpretación de que el artículo 28, 2, reconoce exclusivamente el derecho de huelga en sentido estricto (abstracción hecha, eso sí, de su motivación), el artículo 37, 2, podría ser utilizado para aceptar o limitar otras formas de lucha colectiva (en la doctrina esta última parece ser la opinión de Rodríguez Piñero, Martín Valverde y Durán).

> En relación con ese confuso precepto que encierra el artículo 37, 2, de la Constitución, ha dicho Alzaga, sorprendentemente, que dados los términos en los que se encuentra redactado ... «no cabe otra huelga que la colectiva, es decir la adoptada por el conjunto de los trabajadores o por sus sindicatos, pero no la huelga individual»...

Hechos externos a la Constitución (tales como la inseguridad generalizada al valorar la posible vigencia de las normas del nacionalsindicalismo, y del período de la transición política, peligros derivados de un excesivo grado de judicialización del derecho, los modos habitualmente unilateralistas de los órganos de la Administración Laboral, la aún no acabada consolidación de las centrales sindicales y, muy en particular, la «mentalidad nacional dominante», en contra del derecho de huelga y de sus consecuencias, efecto indefectible de casi medio siglo de represión, información tendenciosa y deformación sistemática, que ha afectado a la propia clase trabajadora, por paradójico que pueda parecer) ponen ciertamente en peligro el derecho de huelga (como, por lo demás, viene ocurriendo desde la promulgación de la Constitución), y de ahí la conveniencia de la aprobación de una Ley (orgánica) reguladora, concebida como normativa de **defensa**, que si bien es improbable que tenga lugar desde la ideología de UCD, es a la vez presumible que del consenso parlamentario resulte una norma progresiva, respecto del R. D. L. 17/77 cuyos preceptos (arts. 1-11) se siguen aplicando —pese a que deban entenderse derogados por la Constitución— como vigentes por los poderes públicos.

> Muy importante es la exposición de Däubler acerca de los peligros que acompañan a la inexistencia de norma legal y, de consiguiente, a un proceso de «judicialización» del derecho. A su modo de ver: 1) el derecho judicial representa una forma poco democrática de fijación jurídica, y ello porque se resta influencia al legislador (y, de ahí, a la soberanía popular) concediendo el poder decisorio a personas que tienen garantizada la inamovilidad (mientras que el diputado pone su cargo a disposición popular a intervalos no largos de tiempo; insiste además Däubler en el tecnicismo (esoterismo) de la sentencia frente a la «claridad» parlamentaria, en la dificultad de abarcar la jurisprudencia como un todo unitario, en el contraste entre el grupo minoritario de quienes deciden y el conjunto social que ha de acatar las decisiones, etc.; 2) individualiza los conflictos existentes, con el fenómeno que denomina «desplazamiento del momento colectivo»; 3) se introduce un extraordinario grado de rigidez que dificulta la adaptación a las relaciones sociales y políticas cambiantes (sobre todo por la «estabilidad» de las sentencias del Tribunal constitucional, en contraste con la sucesión rápida de criterios en el Parlamento).

Tema distinto, que no se puede tratar ahora porque merece un análisis detenido, es el de cómo pueda establecerse una regulación legal que no incurra en tacha de inconstitucionalidad, que permita una esfera de acción

a la autonomía colectiva (por ejemplo en lo que respecta a la designación de comités, organización de fondos de resistencia, cláusulas de pago de salario, renuncia a la imposición de sanciones, cláusulas sindicales de paz, procedimientos de composición, determinación de cuales hayan de ser consideradas «prácticas abusivas» en la lucha, etc.) y que, en definitiva, respete el modelo laboral constitucional propiciando un equilibrio entre la «defensa del derecho de huelga» y «una cierta defensa de la productividad» en la que están comprometidos los poderes públicos (arts. 1; 31, 2; 32, 1; 38; 128; 130, 1; 131...) y los propietarios de los medios de producción (art. 38).

> Es muy claro que la libertad sindical no puede restringirse, ni condicionarse las funciones de autotutela o de autorreglamentación, con base en exigencias de la productividad. De hecho, los sindicatos no se desentienden de los niveles de productividad, puesto que la baja productividad o la sensible disminución de sus niveles repercute duramente en la situación de los trabajadores, como cabe comprobar en la propia realidad española de hoy. Lo que se afirma es que la preocupación por la productividad, que estará siempre presente en la actuación de cualquier organización sindical madura, no transforma su naturaleza (de preocupación en obligación) por el simple dato de su existencia. Los sindicatos adoptarán a veces una estrategia defensiva de la productividad (rebajando, por ejemplo, el nivel de reivindicaciones en la negociación colectiva, o firmando cláusulas de paz, o absteniéndose de la lucha colectiva, o firmando incluso acuerdos para la vitalización de la productividad en un ámbito dado), pero será siempre una decisión voluntaria, y es de suponer, además, que los «sacrificios temporales» que deriven de ello, en los ámbitos de la distribución (relación beneficios-salarios) y de la producción (condiciones de trabajo), sólo se aceptarán a cambio de contrapartidas (Mazzochi, Trentin, Durán...) que, sean cualesquiera, se consideren adecuadas por los sindicatos u organizaciones de clase. Y tampoco es difícil entender que una estrategia puede ser sustituida por otra, en función de las circunstancias, y la actitud sindical de «colaboración» trocarse súbitamente en actitud de «contestación», si se piensa, en el caso concreto, que así se defienden mejor los «intereses propios», aunque ello imponga etaques a la productividad. Sin olvider que en marcos normativos como el español, las actitudes y estrategias sindicales sólo conforman social, pero no jurídicamente, la propia actitud de los trabajadores singulares, por ser estos titulares, individualmente, de los derechos colectivos básicos.

3. La Constitución de 1978 sitúa la función sindical de autorreglamentación a niveles nunca conocidos antes en el derecho español, lógica consecuencia de la adopción de un criterio más terminante que en la II República sobre las respectivas esferas de acción del Estado y de los antagonistas sociales en el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo. La fórmula literal del artículo 37, 2, es muy expresiva, pese a los aspectos que deja indeterminados, en orden a la actitud del legislador ordinario respecto de la negociación colectiva, vinculado constitucionalmente por el compromiso de garantizarla. Parece necesario aceptar que el posible alcance del adjetivo «laboral» no puede ser, en ningún caso, el de restringir el contenido de la negociación, ni, mucho menos, el de coartar el campo respectivo de acción de los antagonistas, o de los trabajadores y empresarios singularmente considerados, en la defensa de sus intereses propios (y no necesaria, ni únicamente, laborales). Negociación colectiva laboral equivale así, tan sólo, a negociación del «convenio colectivo de trabajo» y la expresión

utilizada por el constituyente, con mayor o menor acierto, obedece a la designación de una institución o figura típica en las sociedades industriales de hoy.

De otro lado, como se ha mantenido con anterioridad, la atribución de la titularidad del derecho de negociación a los «representantes de los trabajadores y empresarios», no desmerece en un ápice la función sindical de autorreglamentación, entre otras razones porque son los sindicatos y las asociaciones empresariales los «normales representantes» de aquéllos; aunque, desde luego, sitúa el marco constitucional en un nivel de flexibilidad positiva en función de la propia realidad social del país.

> La doctrina ha discutido acerca de si la Constitución establece, en sentido estricto, un «derecho» a la negociación colectiva. Frente a la tesis afirmativa más general (Sala, Ramírez, Albiol, Camps, Valdés...), con base en las concordancias de los artículos 53 y 10, 2, del texto normativo, Suárez argumenta que se trata, más bien, de una facultad reconocida a los representantes de los trabajadores y de las empresas, que no se puede obstaculizar ni desconocer, pero que no parece pueda ser elevada al rango de derecho, en cuando que la satisfacción del mismo, la posibilidad de su ejercicio, exige inexcusablemente una cooperación de la otra parte que ésta no tiene el deber de prestar.

Los convenios colectivos tendrán «fuerza vinculante», expresión constitucional ésta que resulta jurídicamente más acertado relacionar con la «naturaleza» y «eficacia» del convenio (convenio colectivo como norma jurídica inderogable) que con una determinada «concepción» del mismo (convenio colectivo como instrumento de paz social). La tesis contraria (avalada por Rivero, para quien la fórmula literal alude a «las obligaciones de las partes de respetarlos hasta el agotamiento de su vigencia, y no sólo al reconocimiento del efecto normativo») no tiene aceptación en la doctrina española dominante (Palomeque, Valdés, Durán) y, desde luego, presenta el grave inconveniente de no salvar el obstáculo del reconocimiento de la titularidad individual de los derechos de negociación colectiva y de huelga. Es en cambio comprometido deducir de la Constitución si el convenio colectivo se configurará como un negocio de eficacia general o como un negocio de derecho común; la realidad, sin duda, presentará convenios de ambas modalidades, una vez que la normativa de la transición política, y, principalmente, la disolución de la O.S., favoreció un tipo de convenio colectivo prácticamente inédito en los precedentes. De ahí que no quepa tanto una interpretación única, sino la mera formulación de las preferencias personales con base en razones de muy diverso tipo; en este orden de cosas, Sagardoy ha defendido la adopción de fórmulas que, previa la comprobación de la «representatividad mayoritaria», produzcan efectos «supracontractuales».

Convertido el convenio colectivo, en cualquier caso, en la norma usual de determinar las condiciones de trabajo, y descalificado constitucionalmente el Estado en su papel histórico de proceder unilateralmente al dictado de normas reguladoras, con lesión de la autonomía colectiva, queda por determinar la validez de la intervención normativa del Estado en el ámbito de las relaciones de trabajo.

c) Intervención del Estado en la fijación de condiciones de trabajo

1. Si se quisiera encontrar en la Constitución una apoyatura formal para la intervención del Estado en la fijación de las condiciones de trabajo, lo que resulta a todas luces innecesario, habrían de citarse buena parte de los preceptos de alcance general que la misma incluye, a partir del propio artículo 1. Afirmaciones como la de que la libertad sindical «hace innecesaria cualquier intervención estatal o aplicación tuitiva del derecho» (Vidal Caruana) resulta inaceptable sin paliativos, puesto que el Estado sigue teniendo las funciones básicas e inabdicables de establecer las «normas mínimas» (orden público laboral) que, en el territorio nacional, determinen los límites a la actuación de la autonomía colectiva, por medio de sus instrumentos legislativos ordinarios; de reglamentar y aplicar las leyes a través de los órganos de la Administración Pública general y «especializada» y de resolver las controversias individuales que se planteen en aplicación del ordenamiento. Incluso habría que afirmar, siquiera con el fundamento sociopolítico de la «irreversibilidad de las conquistas obreras», que el Estado adquiere el compromiso de mantener los derechos individuales conseguidos por los trabajadores en anteriores etapas; por lo demás, preceptos como los artículos 35 ó 41, 1, de la Constitución, han de ser utilizados, desde una interpretación progresista, para negar en principio la posibilidad de que el Estado atente a los derechos laborales tradicionales, tanto en el plano institucional («salario mínimo», «jornada máxima», «descanso garantizado», «estabilidad en el empleo», etc.) como en el plano cuantitativo a partir del nivel vigente en el momento en que, por la entrada en vigor de la Constitución, el modelo de relaciones laborales sufre una transformación cualitativa.

2. Tema de extraordinaria importancia es el de decidir los márgenes de «potestad reglamentaria» del ejecutivo en el ámbito de las relaciones laborales.

Un análisis de la Constitución permite afirmar que no existe en ella precepto alguno que sirva para negar a los Ministros (y por ello, tampoco al Ministro de Trabajo, o al Ministro de Sanidad y Seguridad Social) potestad reglamentaria (el Gobierno la tiene expresamente reconocida en el artículo 97, de acuerdo con la Constitución y las Leyes, por supuesto en materia laboral, como en cualquier otra).

En el ordenamiento fundamental anterior a la Constitución de 1978, el reconocimiento categórico de la potestad reglamentaria no aparece hasta la L.O.E. (1967); en las Leyes Fundamentales precedentes sólo figuran referencias indirectas (art. 17 F.E., art. 12 L.C.), pese a lo cual la L.R.J. (1957) no se consideró nunca inconstitucional, respecto a la atribución de potestad reglamentaria a los Ministros e, incluso, a las autoridades ministeriales inferiores de acuerdo con la jerarquía correspondiente. Tampoco se consideró modificada la L.R.J. cuando la L.O.E. dio expresión formal al reconocimiento de la potestad reglamentaria precisamente a favor del Consejo de Ministros (art. 13) y no a favor de otras autoridades administrativas del Estado.

El artículo 97 de la Constitución no introduce modificación sustancial respecto del artículo 13 de la L. O. E. y, por lo tanto, la situación normativa sigue siendo la misma anterior en cuanto a la existencia, y distribución, de competencias reglamentarias, con base en la propia L. R. J., salvo en lo que resulte manifiestamente incompatible con el nuevo orden constitucional.

El modelo de relaciones laborales diseñado por la Constitución de 1978 no parece incompatible con el ejercicio de la potestad reglamentaria del Ministro de Trabajo (ni del Ministro de Sanidad y Seguridad Social) en la esfera de sus atribuciones. Ahora bien, como de acuerdo con la mejor doctrina (García de Enterría y T. R. Fernández), el poder reglamentario de los Ministros, «salvo en las cuestiones organizativas de carácter doméstico propias de su Departamento... no es un poder reglamentario originario, sino derivado, fruto de específicas habilitaciones legales», es claro que el Ministro de Trabajo no podrá dictar reglamentos que contengan normas abstractas de conducta para los súbditos (los llamados «reglamentos jurídicos» que afectan directamente, y de modo inmediato, a los ciudadanos como tales), sin contar para ello con una habilitación específica, que, dicho sea de paso, puede establecerse por Ley o por Decreto.

> La habilitación atribuida al Ministerio de Trabajo, por la Ley de Reglamentaciones de 16 de octubre de 1942, es una de las más problemáticas y discutidas por la doctrina, lo que se ha reflejado históricamente en la polémica sobre la misma naturaleza jurídica de tales «instrumentos normativos». Pero, al margen de las diversas teorías (que vieron en las reglamentaciones «leyes materiales», reglamentos ejecutivos, reglamentos «delegados», reglamentos independientes o autónomos, etc.), la habilitación legal se consideró siempre válida en el marco del modelo laboral del nacional-sindicalismo, y, de hecho, desde el Ministerio de Trabajo se procedió a establecer la normativa básica y mínima aplicable a todos los sectores profesionales, normativa que, pese al R. D. L. 17/1977, y a la misma Constitución, sigue vigente en amplia medida en la actualidad.

En la doctrina se suele considerar derogada la Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 1942, por la vía de la legislación ordinaria (R. D. L. 17/1977, disposición transitoria 2.ª, interpretada a contrario, o normas de disolución de la O. S. y Ley 1/1977, de asociación sindical), pero resulta más acertado defender tal derogación por la vía constitucional (disp. derog. 3), por la manifiesta incompatibilidad de un modelo de relaciones laborales basado en el protagonismo del Estado y un modelo de relaciones laborales basado en el juego de la autonomía colectiva, pese a que en la Constitución no se encuentra «reserva de negociación colectiva, sino espacio propio para la autonomía colectiva» (Rodríguez Piñero).

> Con todo, la lectura del R. D. L. 17/77 es poco clara, y da lugar a diversas interpretaciones (Martín Valverde, Rivero, Tarabini): la disposición, sin embargo, no elimina el instrumento normativo de las reglamentaciones u ordenanzas, sino que le atribuye un «espacio propio», todavía de evidente relevancia (nada se diga de la interpretación de los tribunales, puesto que el T. S. (6.ª), en sentencia de 21 de enero de 1978, dictada en interés de la ley, continúa atribuyendo a las reglamentaciones rango superior al de las leyes, «porque siendo una regulación específica referida a una actividad

> determinada, sus normas, en este sector de trabajo, deben prevalecer sobre las que con carácter de generalidad ordenen el mismo»...).

El fenómeno que la doctrina ha denominado, gráficamente, «retirada normativa del Estado» (Alonso Olea), no impide la operatividad de las reglamentaciones u ordenanzas en vigor el 1 de marzo de 1977, o dictadas con posterioridad a la vigencia del R. D. L. 17/1977 (en virtud de su disposición transitoria 2.ª, sin duda utilizada «generosamente» por el propio Ministerio de Trabajo) con aplicación subsidiaria respecto de los convenios colectivos, en todo caso, en los ámbitos funcionales concurrentes (art. 29), si bien la subsidiariedad no ha de entenderse de modo global, sino analítico, lo que significa que es precisa una comparación de cada cláusula del convenio colectivo y de cada precepto de la reglamentación de que se trate.

Muy discutible es el tema de si un convenio colectivo puede imponer, en un ámbito dado, regulaciones inferiores a las contenidas en la reglamentación u ordenanza (normas «in peius»); entendemos que han de forzarse los argumentos jurídicos que impidan esa solución, para lo cual aportan apoyo preceptos como los contenidos en los artículos 9, 2; 35, 1; 39, 1; 40, 1, etc., de la Constitución. Otra cosa es aceptar, al menos transitoriamente, que las regulaciones reglamentarias encuentren una «aplicación disyuntiva preferente» (Tarabini), en el sentido de que rescindido o caducado un convenio, que hubiera desplazado la regulación reglamentaria, ésta vuelva a considerarse aplicable hasta tanto la regulación convencional sea establecida de nuevo. Tesis que difícilmente, en cambio, puede aplicarse a los períodos comprendidos entre el fin de la vigencia de un convenio y el inicio de la vigencia del siguiente, en el proceso normal de negociación colectiva.

> Todos los restantes supuestos imaginables (dictado de reglamentaciones para suplir la inexistencia de convenios, en sectores o demarcaciones concretas, dictado de reglamentaciones de empresa, mera modificación de preceptos ya contenidos en reglamentaciones u ordenanzas) han de negarse, en principio, dado que su generalización puede determinar la desvirtuación del modelo de relaciones laborales establecido en la Constitución. Pero la tesis positiva viene avalada en la aplicación que los poderes públicos hacen del R. D. L. 17/1977 —que, en general, no entienden haya sido derogado por la norma constitucional— en el período de transición normativa, hasta tanto se promulguen las leyes que perfilen definitivamente los límites del modelo laboral implantado.

En un plano estrictamente teórico, cabe destacar que la ausencia del ordenamiento normativo constituido por las reglamentaciones u ordenanzas no debe producir necesariamente graves consecuencias para los trabajadores, en la medida en que las leyes generales regulen unitariamente algunas instituciones antes dejadas a la regulación profesional (ejemplos, la antigüedad, las situaciones administrativas laborales, los permisos y licencias, el contenido y límites de los poderes empresariales, etc.) y en la medida en que la ley que «garantice» el derecho de negociación colectiva introduzca dispositivos capaces de corregir las limitaciones de los convenios colectivos de derecho común.

B) EL MODELO DE SEGURIDAD SOCIAL

1. La Constitución dedica un precepto —art. 41— a la configuración del modelo español de seguridad social. La redacción que ha prevalecido es el resultado de un curioso proceso de discusión parlamentaria, a partir del primer borrador que fue hecho público en noviembre de 1977 (1).

> La primera redacción del precepto parecida a la que ha prevalecido es la que se contiene en C3, y que, por tanto, no figuraba en C1 y C2; su numeración es la de artículo 37, que llegará así a C5, con el siguiente tenor literal: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice prestaciones sociales dignas y suficientes y el seguro de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.» El precepto fue drásticamente modificado, con buen criterio, a su paso por el Senado, quedando en C6 de la siguiente forma (como art. 41): «Un régimen público de seguridad social garantizará las prestaciones sociales y sanitarias a todos los ciudadanos, así como el seguro de desempleo.» El grupo parlamentario de UCD presentó entonces una enmienda «in voce» proponiendo el mismo texto del Pleno del Congreso (C5), pero el Pleno del Senado, en su texto constitucional (C7), confirmó el texto de la Comisión Constitucional de la Cámara. Finalmente, la Comisión Mixta Congreso-Senado, en la reelaboración definitiva del texto constitucional (C8), volvió a la redacción del Pleno del Congreso, con ligerísimas modificaciones, y éste es el actual artículo 41 de la Constitución.

2. Del artículo 41 de la Constitución cabe hacer un análisis exegético que tome en consideración cinco afirmaciones básicas:

a) La seguridad social es una función del Estado (poderes públicos).

1. La Constitución consagra, respecto del modelo positivo de seguridad social, la superación del aseguramiento privado de los riesgos sociales, al afirmar, con absoluta rotundidad, que los poderes públicos han de mantener un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos. Esta afirmación significa, indubitadamente, el reconocimiento de que la protección social del ciudadano es una función típica y exclusivamente estatal, lo que implica la consecuencia de actualizar las medidas necesarias para la realización de tal función pública. Con todo, y antes de seguir adelante, no puede desconocerse el condicionamiento que deriva de la

(1) Para mayor comodidad en la exposición, cada uno de los sucesivos textos constitucionales (borrador, anteproyectos, proyectos, etc.) se designa con un número correlativo, del modo siguiente:

— C1 Borrador constitucional («C. D.», noviembre 1977).
— C2 Anteproyecto de la Ponencia («B. O. C. E.», 5 enero 1978).
— C3 Anteproyecto-Informe de la Ponencia («B. O. C. E.», 17 abril 1978).
— C4 Dictamen Comisión Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas («B. O. C. E.», 1 julio 1978).
— C5 Proyecto del Pleno del Congreso («B. O. C. E.», 25 julio 1978).
— C6 Dictamen de la Comisión Constitucional del Senado («B. O. C. E.», 6 octubre 1978).
— C7 Modificaciones del Pleno del Senado («B. O. C. E.», 13 octubre 1978).
— C8 Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado («B. O. C. E.», 28 octubre 1978), **texto definitivo sometido a referéndum.**

«colocación sistemática» del artículo 41 en el texto global de la Constitución, dentro del título I, capítulo III, lo que quiere decir que el «nivel de garantía estatal» del contenido del artículo 41 de la Constitución es limitado (art. 53,3), en los términos, y con las salvedades, antes anotadas.

> La glosa de la doctrina italiana al artículo 38 de la Constitución de 1947 es importante, dado que este precepto ha sido una de las fuentes de inspiración del artículo 41 («todo ciudadano incapacitado para el trabajo y desprovisto de los medios necesarios para vivir, tiene derecho al mantenimiento y a la asistencia social. Los trabajadores tienen derecho a que se provean y aseguren los medios adecuados a sus exigencias vitales en caso de accidente, enfermedad, invalidez y vejez, y paro involuntario. Los incapaces y los disminuidos tienen derecho a la educación y a la capacitación profesional. Las obligaciones previstas en este artículo incumben a los órganos y a las instituciones que ya existan o que establezca el Estado. La asistencia privada es libre»). El precepto ha sido valorado como **programático**, aunque no en el sentido de que carezca de obligatoriedad o imperatividad, sino en el de que sólo es vinculante para los órganos estatales y, en particular, para el **legislador** (Persiani).

La principal diferencia entre el artículo 41 de la Constitución española y el artículo 38 de la italiana —aparte de otras meramente formales, por la mayor dispersión de la nuestra, al existir en el texto constitucional una serie de preceptos dedicados a la protección social, incluso en sentido estricto, como los artículos 39, 40, 2, 43, 48, 49 y 50— es la inexistencia en aquélla del reconocimiento de la «irreversibilidad de los beneficios consolidados por el sistema de previsión o seguridad social» (alcance que la doctrina italiana atribuye al inciso cuarto del art. 38), lo que posibilita, en teoría, la existencia de un sistema regresivo de protección social, que difícilmente impediría la interpretación progresiva del artículo 9, 2 y 3.

2. El Estado para el cumplimiento de su función pública de seguridad social se compromete, desde luego, al establecimiento de la normativa reguladora de los mecanismos de protección social, a asumir la dirección política y administrativa del sistema (compatible con todas las formas imaginables de descentralización territorial e institucional) y a la determinación de los órganos (públicos) competentes para dirimir los conflictos originados por la dinámica de las relaciones jurídicas de protección social. El Estado, además, como es razonable, queda obligado a articular la financiación que haga viable la protección social, ya sea por medio de medidas exclusivamente fiscales o parafiscales, ya sea —como suele resultar habitual— por la combinación de ambas.

3. El artículo 41, como otros diversos de la Constitución, utiliza con evidente ambigüedad la referencia a los **poderes públicos**, que no pueden ser otros, empero, que los poderes del Estado, en relación con su organización territorial, lo que remite, en su caso, a los poderes públicos de las Comunidades Autónomas.

También es difícil interpretar unívocamente el alcance del verbo utilizado en el precepto (**mantendrán**), que se impone a partir del texto constitucional C3, mientras que en los textos C1 y C2 la referencia era a «proteger y mantener» y en los C6 y C7 a «garantizar». Es posible que los cons-

tituyentes utilicen el término en una significación indiferenciada, equivalente a otras muchas (organizar, etc.), y es posible también, aunque no rotundo, que hayan querido recoger alguna de las ideas que laten en las principales acepciones de la palabra en lengua castellana; mantener como provisión de los medios necesarios para el sostenimiento del régimen protector, o mantener como obligación de conservar y vigorizar el régimen protector heredado del pasado.

b) **La seguridad social es un «mecanismo» de naturaleza pública.**

1. Claramente se desprende del artículo 41 que el mecanismo en que la seguridad social consiste es de naturaleza pública; pero esta constatación sólo es válida con la reserva inevitable a que obliga el último inciso del precepto al establecer un «nivel complementario» de protección del que, por tal razón, habrá que considerar «nivel mínimo obligatorio», único al que la Constitución atribuye naturaleza pública (lo que no significa, como se verá más adelante, que todas las formas del nivel complementario hayan de ser necesariamente privadas).

La naturaleza pública del «régimen de seguridad social» (nivel mínimo), de significar algo que añadir, a lo que ya deriva de la configuración de aquél como contenido de la función necesariamente estatal, no podría ser más que el propósito de los constituyentes de vetar la intervención de particulares (mutuas, empresas, etc.) en la gestión o administración del mismo; por la demás, la gestión pública es la única aceptada por los partidos de izquierda con representación parlamentaria, referida por el PSOE al denominado, en su alternativa de modelo, nivel básico (común y profesional), y concretada por el PCE, en su alternativa propia, a los niveles básico y complementario. De este modo, la gestión del régimen de la seguridad social, en su nivel mínimo, correría a cargo de entes instrumentales, creados como consecuencia de un proceso ya antiguo de descentralización institucional, con personalidad jurídica propia para el cumplimiento de fines estrictamente estatales.

Ni que decir tiene que la gestión pública del régimen de la seguridad social (nivel mínimo), no sólo es compatible con la democratización de los órganos de gestión, sino que la propia Constitución, siquiera en lugar sistemáticamente inapropiado, remite a la ley ordinaria para el establecimiento de las formas de participación de los interesados en la seguridad social (art. 129, 1).

2. No es fácil determinar hasta qué punto el artículo 41 de la Constitución ha aceptado, conscientemente, el término de «régimen» de seguridad social, en lugar del hasta ahora consolidado legalmente de «sistema». Una primera explicación racional sería la de que, en adelante, el «sistema español de seguridad social» no va a ser la suma del régimen general y de un número abierto de regímenes especiales, sino la suma del «régimen público de seguridad social» (o nivel mínimo) y del «régimen complementario» de protección (asistencial o, incluso, asegurativa), con independencia de que dentro de aquél se consiga una «unidad de cobertura absoluta»

(mismo nivel de protección para todos los ciudadanos), lo que en principio parece más lógico, o continúe el actual fraccionamiento en regímenes (lo cual, con todo, de ser diferenciada la protección dispensada por unos frente a otros, podría ser tachado de inconstitucional), o, en último término, mantenga la estructura de diferenciación de regímenes con simplificación numérica de los ahora existentes (del programa de UCD se desprende que los núcleos diferenciados podrían ser tres: trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia o autónomos y funcionarios públicos). Otra explicación sería la de hacer coincidir «régimen público de seguridad social» con «sistema de seguridad social», dejando fuera de él todo lo relativo al «nivel complementario», lo que, muy probablemente, resultaría artificioso en exceso.

3. Frente a otros textos constitucionales comparados, que no utilizan un concepto tan problemático como el de «seguridad social», el artículo 41 ha reflejado sin duda la generalización de la expresión en la realidad española actual, hasta el punto de haber desbancado a todos los (relativamente) equivalentes: seguros sociales, previsión social, etc. Lógicamente la Constitución no puede entrar en la definición de lo que haya de entenderse por seguridad social, que se configura, genéricamente, como el mecanismo público de protección que garantiza a los ciudadanos cobertura (asistencia y prestaciones sociales) **suficiente**, ante situaciones de necesidad, de las cuales sólo el desempleo merece mención particularizada. Sin embargo, es claro que la crítica que podría dirigirse a este planteamiento no debería realizarse al margen de los otros preceptos que, en la propia Constitución, van referidos a algunas de estas necesidades (exigencias familiares, atención de la salud, protección de la vejez, etc.). De todos modos resulta difícil derivar de la Constitución un concepto estricto que delimite un contenido mínimo, ni cualitativa ni cuantitativamente, de seguridad social, de modo que el único punto firme de referencia será el positivo, el que se encuentre, en cada caso, en el ordenamiento legal vigente en la materia. Frente a ello, los conceptos doctrinales (por ejemplo el de Persiani, identificando la seguridad social con cualquier actividad pública de finalidad social) o los programas partidistas (para el PCE, seguridad social es la suma de protección de la salud, acción social —familia, paro coyuntural y juvenil— y previsión social en cuanto prestaciones sustitutivas de rentas) no tienen mayor relevancia. Lo que naturalmente no impide afirmar que la «idea personal» o el «programa político» pueden marcar el contenido concreto e histórico de la seguridad social con el acceso al poder de la persona o del partido de que se trate en cada caso.

c) **La seguridad social ha de proteger, con un mínimo, a todos los ciudadanos.**

1. El término que ha prevalecido (ciudadanos) —frente al utilizado por los textos C1 y C2, «para todos»— aparece en diversos artículos de la Constitución y no merece objeciones por causa de ambigüedad. El derecho (público subjetivo, sin duda) de estos ciudadanos juega respecto de un nivel mínimo de protección capaz de garantizar cobertura suficiente ante

situaciones de necesidad. La fórmula normativa significa que la Constitución reconoce, junto al «interés público o de la comunidad» (cuya satisfacción materializa la realización del «régimen público» de seguridad social), unos «intereses privados» o suma de intereses singulares de cada uno de los destinatarios o sujetos activos de la protección.

No parece correcto identificar este «nivel mínimo» de cobertura con un «nivel básico», puesto que las distintas opciones partidistas presentan diferencias sensibles que justifican la reserva; así, mientras que para UCD, el nivel mínimo es el básico y obligatorio, para el PSOE —que coincide con las directrices que hemos apuntado en nuestro **Manual de Seguridad Social**— el nivel obligatorio tendría dos subniveles, uno común a todos los ciudadanos —de financiación fiscal— y otro, financiado por vía parafiscal o contributiva, de orden profesional.

Si bien en principio la generalización de la cobertura mínima a todos los ciudadanos (lo que, dicho sea de paso, tenía ya precedente en el marco de la Ley de los Principios Fundamentales del Movimiento, de 1958, aunque con limitación a los **españoles**) se juzga muy progresiva desde el punto de vista social, no deben desconocerse las objeciones en contra (por ejemplo las del PCE), que encuentran fundamento en el hecho de que si el Estado (o poderes públicos) asegura un nivel mínimo, puede éste ser de muy pobre contenido, potenciando así los, por otra parte legales, resortes privados de cobertura y llegando, por esta vía, a un resultado fuertemente insolidario.

2. La cobertura se garantiza, en el nivel mínimo, a base de dos vías de acción social, denominadas, respectivamente «asistencia» y «prestaciones sociales». Ambos términos no son igualmente precisos, pues mientras que puede encontrarse una cierta uniformidad en la delimitación conceptual de las **prestaciones** (a las que poco añade el adjetivo **sociales** que se les asigna), como «conjunto de medidas técnicas o económicas que pone en funcionamiento la seguridad social para prever, reparar o superar los estados de necesidad derivados de la actualización de ciertas contingencias», no hay tal posibilidad en la interpretación del concepto de «asistencia», sobre todo si se formula con tal generalidad y en relación con las dos vías aceptadas en el mismo ordenamiento legal español, asistencia como vía externa a la seguridad social (siempre financiada por el Estado directamente) y asistencia como vía interna de la seguridad social, contributiva como los mecanismos a los que venía a complementar, si bien sujeta a mayores márgenes discrecionales en su aplicación práctica. No conviene olvidar que en la cronología de los sucesivos textos constitucionales el término no aparece hasta el definitivo, elaborado por la Comisión Mixta Congreso-Senado, constituyendo sin duda una innovación innecesaria y peligrosa para el desarrollo legal futuro.

En principio no parece incorrecto admitir que bajo la expresión «prestaciones sociales» queden incluidas las prestaciones económicas y las prestaciones sanitarias, y ello pese a que en los Programas de los distintos partidos políticos el tema no es claro, pese a que, además, la Constitución dedica a la protección de la salud un artículo específico (art. 43) y pese a que, en último término, a partir del texto constitucional C7 se eliminó la anterior referencia que el artículo 41 hacía a «prestaciones sociales y

sanitarias»; a salvo de que la modificación introducida por la Comisión Mixta, sustituyendo la alusión a **prestaciones sanitarias** por **asistencia**, signifique la equiparación de ambas.

Por lo demás, el artículo 41 no ha podido salir del terreno de las nociones indeterminadas al relacionar el nivel mínimo de la protección con la cobertura **suficiente** de las situaciones de necesidad, noción ésa que, dicho sea de paso, aparece reiterada en el texto constitucional (art. 35, 1, respecto de la retribución). En los textos C3 y C4 se aludía además a la nota de **dignidad** (probablemente por mimetismo de la retórica de las Leyes Fundamentales), pero tal nota desapareció en el texto C6. En el Programa de UCD la suficiencia se relaciona con la subsistencia, partiendo del salario mínimo interprofesional, pero aceptando el juego de escalas de uniformidad progresiva para las cotizaciones y para las prestaciones, en el fondo, el «redescubrimiento» de la fórmula, abandonada en 1972, de las bases tarifadas.

d) **La seguridad social garantiza la protección de situaciones de necesidad.**

1. Conviene observar, con carácter previo, que la dicción legal no impone referir la cobertura a la protección de «todas las situaciones de necesidad», aunque esta interpretación pueda prevalecer con respecto al conjunto de las que normalmente toman en consideración los sistemas de seguridad social. También con carácter previo hay que advertir que la alusión explícita al **desempleo** es inadecuada, por excesivamente coyuntural: bajo cierto prisma podría valorarse, incluso, no sólo como una tautología, sino como una concesión demagógica dirigida a disimular otras limitaciones de fondo. Es más que obvio que en el período de tiempo a que se extienda la vigencia de la Constitución, el desempleo no tiene por qué ser el estado de necesidad más grave o más merecedor de protección, aunque también parece fuera de duda que la mención al desempleo no supone la imperfección técnica que venían arrastrando los textos constitucionales iniciales, al aludir no a la contingencia de desempleo en sí, sino a uno de sus posibles mecanismos técnicos de cobertura («seguro de desempleo») disfuncional dentro del «régimen público de seguridad social». Por cierto que la protección del empleo-desempleo se contempla en la Constitución desde ópticas adicionales, cual son las de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40, 1), fomentando la formación y readaptación profesionales (art. 40, 2) y promoviendo las condiciones para la participación «libre y eficaz» de la juventud en el desarrollo social y económico (art. 48).

2. Cualquiera que sea el desarrollo efectivo del régimen mínimo de seguridad social, no puede existir duda de que serán consideradas situaciones protegibles la «necesidad de asistencia sanitaria y/o de recuperación», el «defecto de ingresos por incapacidad temporal para el trabajo» (incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional), el «defecto de ingresos por incapacidad permanente para el trabajo» (invalidez permanente), el «defecto de ingresos por jubilación», el «exceso de gastos derivado de

cargas familiares» y el «exceso de gastos y defecto de ingresos derivados del fallecimiento del causante y de la supervivencia de familiares a su cargo». La protección de alguna de estas situaciones, abstracción hecha de que parcialmente se lleve a cabo «fuera» del régimen mínimo de seguridad social, se establece, adicionalmente, en otros preceptos constitucionales, así respecto de la **vejez** (garantía de «suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad» por medio de «pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas», y a la vez promoción de su bienestar, artículo 50), **invalidez** (a través de la política pública de «previsión, tratamiento, rehabilitación e integración» art. 49, y en la medida en que suponga la aplicación de mecanismos diferenciables, a través de la política de «formación y readaptación profesionales», art. 40, 2), **muerte y supervivencia** (al menos indirectamente, en base a los arts. 50 y 48), **cargas familiares** (por medio de la protección social y económica de la familia, art. 39, 1 y 2) y **exigencia de atención médica** (arts. 40, 2, y, sobre todo, 43, con el reconocimiento del «derecho a la protección de la salud»).

e) **El modelo constitucional de «seguridad social» establece un nivel complementario «libre» del mínimo y público.**

1. Muy discutible es la apreciación de si ese nivel «complementario y libre» está, en sentido estricto, dentro del «sistema de seguridad social», o, de coincidir. éste con el «régimen mínimo y público», sólo actúa como complemento extrínseco del mismo.

> Curiosamente la primera exigencia parlamentaria de que figurara en el precepto la alusión a ese nivel complementario procedió del grupo de socialistas del Congreso, a través del voto particular formulado, al artículo 36, del texo C2, aunque con una redacción ligeramente distinta de la que ha prevalecido (... «la asistencia y la **previsión** complementaria son libres»). En el texto C3 se cambia, sin que pueda saberse en base a que argumentaciones, el término **previsión** por el de **prestaciones** (art. 37). Al texto C4 se dirigió una enmienda firmada por Licinio de la Fuente, para sustituir la fórmula «asistencia y prestaciones complementarias» por la de «sistemas complementarios que por grupos sociales se establezcan», enmienda que no prosperó, pasando al C5 la redacción del C4. En los textos del Senado (C6 y C7) la referencia desaparece, para renacer en el definitivo (C8).

Esta evolución permite aventurar una serie de hipótesis acerca de la interpretación no sólo del alcance y contenido que vaya a darse en el futuro al «nivel complementario», sino también del alcance y contenido del nivel en la voluntad de los constituyentes. Una revisión de los respectivos Programas de UCD y PSOE, como partidos hegemónicos, protagonistas de la política de consenso, no arroja excesiva luz porque se trata de planteamientos incompatibles, como ya se tuvo ocasión de comprobar en la exposición precedente. Si parece, en cambio, que la fórmula que se ha plasmado en la Constitución respondería al ideario ucedista de contraponer, al nivel mínimo y obligatorio, aunque no necesariamente financiado por vía fiscal, un nivel complementario y voluntario financiado por la iniciativa privada; pero un análisis más a fondo de las propuestas de UCD, en el ámbito de

la seguridad social, permite comprobar cómo se acepta por el partido que, en el nivel complementario, se realicen «cotizaciones voluntarias», sobre bases de cotización variables, «según ingresos reales normalizados por tramos», volviendo así a la vieja figura de las «mejoras voluntarias» y minimizando el significado de un nivel complementario al modo francés (acuerdos confederales). Ocurriría, en todo caso, que la complementariedad, respecto de las «prestaciones», sería estrictamente **económica** (incorporación de la acción voluntaria de los grupos sociales para incrementar la intensidad de la protección del nivel mínimo), pudiendo pensarse (hipótesis no exenta de incertidumbre) que respecto de la «asistencia» la noción de complementariedad jugaría en sentido fundamentalmente **jurídico** (sustitución de la noción del derecho subjetivo y de las limitaciones objetivas y subjetivas por el interés legítimo y la atención al simple estado de necesidad), tesis que adquiere mayor sentido en el caso de que el término «asistencia», en el primer inciso del artículo 41, identifique exclusivamente, como antes se anotó, las prestaciones sanitarias; pero en este caso, lo que ya no encuentra tanto sentido es la afirmación constitucional de que el nivel complementario es **libre**.

Probablemente el término **libre** —que es el utilizado, aunque con mayor rigor, por el artículo 38 de la Constitución italiana— obedece a una voluntad de privatizar —visible en el R. D. L. 36/1978, en las directrices para la reforma de la asistencia sanitaria, y hasta en el propio programa económico del Gobierno, de 1979— una parcela importante de la protección social dentro de la seguridad social, o, en su caso, a costa de mermar el tradicional contenido de aquélla, quedando pues fuera de la misma. Pero dada la vaguedad de la configuración técnica del modelo que diseña el artículo 41 de la Constitución, es muy probable que en el desarrollo normativo se imponga legalmente la conclusión de que **libre** no se contrapone tanto a público, cuanto a **reglamentado**, delimitándose así auténticos mecanismos públicos de protección social —aunque no sujetos a la estricta predeterminación legal del contenido del «nivel mínimo obligatorio»— junto a mecanismos nacidos por la iniciativa privada (autonomía individual y/o autonomía colectiva); aparte de que aún en este segundo caso, la **libertad** de los mecanismos afectaría siempre a su eventual constitución, pero muy dudosamente a su eventual supresión una vez constituidos.

2. En ambos casos, no debe existir obstáculo constitucional para que en los mecanismos públicos de protección social complementaria intervengan en la gestión y administración los particulares, de la misma manera que, a la inversa, nada se opone a que ciertos aspectos del funcionamiento de los mecanismos complementarios privados sean intervenidos por los poderes públicos.

C) LA CONFIGURACION DEL MODELO AUTONOMICO; DELIMITACION DE COMPETENCIAS ESTADO-COMUNIDADES AUTONOMAS, EN MATERIA DE RELACIONES LABORALES Y SEGURIDAD SOCIAL (2)

a) Presupuestos políticos y criterios generales del modelo autonómico

1. Antes de abordar el análisis de las repercusiones que, en el ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social, pueden derivarse de las previsiones constitucionales en materia de autonomía, es necesario exponer, brevemente, el propio modelo autonómico, tal como éste se delimita en el título VIII de la Constitución. La imperfección de esta regulación ha sido insistentemente resaltada por constitucionalistas y administrativistas, que han puesto de relieve no sólo sus deficiencias técnicas (imprecisión, oscuridad, carácter asistemático, ambigüedad...), sino la resistencia a todo intento de «racionalidad científica» de un texto que difícilmente puede ser pensado en términos de «cualquier sistematización en torno a esquemas de organización del Estado conocidos hasta ahora» (Cosculluela Muntaner y Muñoz Machado). La ambigüedad técnica revela así una ambigüedad política, y ésta, una inquietud teórica sobre la propia noción del Estado. Es esa inquietud —abiertamente utilizada por la derecha en su crítica al proyecto constitucional y que las recientes interpretaciones doctrinales intentan reconducir a un cauce «vertebral»—, la que fuerza un análisis en términos del proceso político. Este se enfrenta, en efecto, con lo que, en expresión de Trujillo, puede calificarse como una demanda **anticentralista** extraordinariamente generalizada y compleja, y no sólo en el sentido —exacto desde una perspectiva descriptiva— de que a la mitología centralista-autoritaria del anterior régimen haya sucedido el nuevo mito de las autonomías, sino a nivel de los contenidos específicos de esa demanda, en cuanto afectan a la concepción de la forma de Estado, y se relacionan, además, con el principio de conservación del propio Estado unitario, cuya vitalidad es mucho mayor de lo que superficialmente pudo pensarse en un principio. En efecto, las fuerzas políticas que concurren al proceso constituyente presentan, con diversa intensidad de convicción, concepciones del Estado en las que se incluyen el secesionismo, más o menos explícito, el federalismo, el regionalismo funcional y el mantenimiento puro y simple del Estado unitario con ciertas concesiones descentralizadoras. El hecho de que ninguna fuerza política haya impuesto su modelo de organización territorial del Estado, sino que éste se haya determinado a través del pacto entre las diversas concepciones —salvo en el caso del secesionismo explícito, marginado del espectro consensual—, explica, en gran medida, la ambigüedad del título VIII, como expresión larvada —no asumida— de principios organizativos opuestos, en el que el aspecto **regional** sólo expresa un

(2) La versión inicial de esta «Ponencia», se ha actualizado con los Proyectos de Estatutos de Autonomía del País Vasco y de Cataluña (RR. DD. LL. 13 y 14/1979, «B. O. E.» 24 septiembre); quedan, en todo caso, fuera de ella, las transferencias operadas en la llamada etapa preautonómica (en particular, RR. DD. 2.209/79 y 2.210/79).

punto intermedio y visible de la tensión entre la concepción **federal** (oculta) y la **unitaria** (manifiesta).

Al margen de la bizantina polémica filológica sobre el término **nacionalidad**, el artículo 2 de la Constitución contiene una importante clave interpretativa, pues al reconocer y garantizar «el derecho a la autonomía de las **nacionalidades y regiones**» que integran la nación española, está, en realidad, estableciendo dos proposiciones normativas de distinto alcance: la nacionalidad cuya dinámica política apunta a un Estado unitario propio o a un Estado miembro de un Estado federal y la región como realidad sustentadora de un Estado regional (Ferrando Badía). De ahí que la autonomía no sea un predicado homogéneo de ambas realidades institucionales (nacionalidad y región), sino que varíe en función de éstas. Así —aunque sólo desde una perspectiva teórica— la nacionalidad está llamada a ser sujeto de una autonomía plena o más que plena, cuyo contenido ideal es claramente «federalizante», mientras que la región queda, en principio, limitada a una descentralización más restringida. En definitiva, como señaló Eisenmann, entre la descentralización de un Estado unitario y el Estado federal no hay un salto ontológico, sino una simple **diferencia de grado**. El título VIII de la Constitución define, en realidad, un **Estado unitario** con dos niveles de descentralización en sentido dinámico: el propio del regionalismo funcional (**Estado regionalizable**, cuyo destinatario natural son las regiones) y el de contenido federal (**Estado federalizable**, para las nacionalidades). Esta solución no es en sí misma criticable en la medida en que trata de dar respuesta a un problema real en la constitución histórica del Estado español; problema que, por otra parte, no presenta una articulación homogénea, que permita aplicar con carácter general soluciones regionales o federales «puras». Las dificultades se presentan fundamentalmente por el hecho de que la Constitución tiende a velar sus principios de organización territorial con un sistema equívoco de presunciones semánticas, por una dubitativa asunción de un discutible principio abstracto de «igualdad de trato autonómico», luego obstaculizado a través de limitaciones temporales y procedimentales, y, sobre todo, por la escasa clarificación de lo que se ha denominado «el techo constitucional de las autonomías» (García de Enterría).

2. En realidad, la caótica delimitación constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas —agudizada por la diferenciación de dos tipos de éstas, a saber, las Comunidades Autónomas de **primer grado** (llamadas también **especiales**, o de **autonomía plena**, art. 151 y disp. trans. 2.ª) y las de **segundo grado** (**comunes**, o de autonomía **diferida** o **provisional**, que son las restantes, arts. 143, 144 y disp. trans. 5.ª), con esferas competenciales desiguales, dotadas las primeras de poder legislativo y más cuestionablemente las segundas (T. R. Fernández, Muñoz Machado...)— se proyecta con extrema gravedad en materia laboral y, sobre todo, en materia de seguridad social.

Los propios criterios constitucionales de racionalización, en este orden de cosas, son sumamente confusos, sin duda porque los constituyentes no se han atrevido, por las razones antes indicadas, a llegar a un Estado fede-

ral y han temido limitarse a configurar un simple Estado regional, prefiriendo consagrar... «una mezcla imposible de los dos principios opuestos que no ha hecho sino complicar innecesariamente» (T. R. Fernández, Rubiales...).

De esos criterios podrían recordarse ahora los principales:

1.º La descentralización opera a tres niveles. Un nivel **mínimo**, en el ámbito de las materias señaladas en el artículo 148, 1, de la Constitución, que puede afectar, como ha defendido T. R. Fernández frente a Alzaga, a la totalidad de las competencias relativas a cada una de las materias enumeradas; el nivel **medio**, en el ámbito de las competencias **residuales** del artículo 149, 3 (siempre que sean asumidas por vía estatutaria) y en el ámbito de las competencias concurrentes del artículo 149, 1 (delimitadas normalmente de las exclusivas estatales, a través de la cláusula «sin perjuicio»...); el nivel **máximo**, por último, que opera a través de las vías establecidas en el artículo 150, 1 y 2.

2.º La descentralización a favor de las Comunidades Autónomas de primer grado se limita al nivel mínimo (art. 148), mientras que la descentralización a favor de las Comunidades de segundo grado se configura en función de la asunción de competencias hasta el nivel medio (arts. 148; 149, 1 y 3). La descentralización máxima (art. 150, 1 y 2), puede afectar tanto a unas como a otras Comunidades.

3.º La instrumentación de la descentralización se realiza a través de los **Estatutos** (mínima y media) o a través de **Ley estatal** (máxima), ya sea esta Ley, «marco» (art. 150, 1) u «orgánica» (art. 150, 2), planteándose el problema de si el propio Estatuto, en la medida en que es aprobado por Ley orgánica (art. 81, 1), puede operar este nivel máximo de descentralización, problema que la doctrina dominante resuelve, pensamos que acertadamente, en sentido negativo (García de Enterría, T. R. Fernández, Muñoz Machado...).

4.º Las competencias sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de autonomía corresponden al Estado (cláusula de competencia residual en última instancia), cuyas normas prevalecen, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades, «en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas»... (art. 149, 3), es decir, en las materias de competencia concurrente del artículo 149, 1.

5.º La concepción constitucional sobre el régimen autonómico está sometida a unos principios de orden general, que no solamente juegan como límites de la descentralización política, sino que constituyen criterios básicos de interpretación de los problemas que surgen en la aplicación de las previsiones constitucionales. Tales principios son:

a) **Principio de solidaridad** (art. 138, 1, en relación con el art. 2), en virtud del cual el Estado ha de velar siempre por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español.

b) **Principio de prohibición de privilegios** (art. 138, 2), que pudiera generar, en los planos económicos y sociales, el proceso autonómico.

c) **Principio de igualdad,** como proyección al ámbito de la organización territorial del Estado, de los proclamados en los artículos 1, 1 (igualdad como valor superior del ordenamiento), 9, 2 (la llamada «igualdad sustantiva» o «material») y 14 («igualdad formal»). El principio de igualdad opera como garantía de que los españoles tendrán «los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado» (art. 139, 1), y por ello el Estado se reserva, en todo caso, como competencia exclusiva, «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149, 1, 1.º).

d) **Principio de libre circulación de personas y bienes,** en todo el territorio español, que comprende, lógicamente, la libertad de establecimiento y que impide a cualquier autoridad la adopción de medidas que directa o indirectamente la obstaculicen (art. 139, 2), consecuencia del derecho fundamental proclamado en el artículo 19, 1.

e) **Principio de prevalencia del interés general** que actúa tanto en la delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas (arts. 148, 1, y 149, 1: en la doctrina, Cosculluela) como en la determinación de limitaciones esenciales a la descentralización (art. 150, 2, que acuña el concepto de «intransferibilidad por naturaleza») y controles excepcionales (arts. 150, 3, y 155), fundado en último término en el reconocimiento constitucional de que la «soberanía nacional» reside en el «pueblo español» (art. 1, 2).

6.º La Constitución establece, además, una serie de «controles» sobre la descentralización autonómica, tanto de carácter «normal u ordinario» (art. 153), como de carácter «excepcional» (posibilidad de dictar «leyes de armonización», incluso en el ámbito de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, art. 150, 3; posibilidad de adoptar medidas que fuercen a la Comunidad al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales o legales y al respeto del interés general, art. 155; controles indirectos por vía de «coordinación» a cargo de los «delegados del gobierno» en el territorio autonómico, art. 154).

b) Delimitación de competencias en materia de relaciones laborales

a') Nivel mínimo de descentralización

1. En el nivel mínimo de descentralización (art. 148, 1) no se incluye ninguna materia estrictamente laboral, y sólo cabe plantearse, con excesiva minuciosidad, la cuestión de interpretar el alcance de su apartado 21 **(sanidad e higiene),** por lo que atañe exclusivamente a la **higiene,** y en la medida en que pudiera relacionarse con la acción estatal y las obligaciones del empleador en el ámbito de la «seguridad e higiene en el trabajo». Con todo, no parece adecuada una interpretación extensiva de la noción de **higiene,** sin duda utilizada por la Constitución en su dimensión de «higiene pública». Por otra parte, desde la perspectiva del derecho positivo, es claro que la

legislación de «seguridad e higiene en el trabajo» entra, fundamentalmente, en el ámbito del artículo 149, 1, 7.º, es decir, en el nivel medio de descentralización. Esta parece ser, también, la opinión doctrinal (Cosculluela) pese a no haber sido objeto el tema de un análisis específico.

Aun en el discutible supuesto —particularmente, a partir del R. D. L. 36/1978— de que determinados aspectos de la «seguridad e higiene en el trabajo» se consideraran incluidos en la esfera de la «legislación de seguridad social», se estaría también en el mismo nivel medio de descentralización (art. 149, 1, 17).

2. La tesis defendida, es confirmada por el artículo 9, 11 del Proyecto de Estatuto de Autonomía de Cataluña (R. D. L. 14/1979, «B. O. E.» 24 de septiembre, en adelante P. E. C), que remite al artículo 17 (obviamente a su número 1) relativo a la «sanidad interior».

b') Nivel medio de descentralización

1. Respecto del nivel medio de descentralización, el artículo 149,1 , 7.º, de la Constitución determina como competencia exclusiva del Estado la «legislación laboral», y posibilita la atribución de competencia a las Comunidades Autónomas de primer grado en lo relativo a «su ejecución». Es decir, que las relaciones laborales se configuran constitucionalmente como materia de competencia «concurrente o compartida» entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Problemas importantes son los de precisar que deba entenderse por «legislación», por «laboral» y por «ejecución».

Lo «laboral» debe ser entendido como todo lo que se relaciona con el núcleo de imputación del derecho del trabajo (lo que remite la determinación a las distintas concepciones doctrinales sobre el mismo), núcleo que, a nuestro juicio, coincide con las actuaciones individual y colectiva de los trabajadores y con los órganos y procedimientos estatales para su defensa.

> La interpretación del artículo 149, 1, 7.º, no puede hacerse con olvido del régimen de los **tribunales de trabajo** (aspecto éste que queda fuera de la Ponencia), con base en el propio artículo 149, 1 (apartado 6.º) y artículo 152, 1, párrafo segundo, tema en el que la doctrina ha encontrado algunas cuestiones problemáticas (Martínez Emperador). En los Proyectos de Estatuto de Autonomía, se contienen normas sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales en el orden social (art. 14 del R. D. L. 13/1979, «B. O. E.», 24 septiembre, en adelante, P. E. V., y art. 20 P. E. C.).

La «legislación» debe deferirse a las «Leyes» y a los «Reglamentos», es decir, a la acción normativa en su conjunto, lo que significa, en el contexto del artículo 149, 1, 7.º, que las Comunidades Autónomas no pueden asumir competencia normativa en materia laboral; ésta es también la opinión de Alonso Olea al afirmar, con carácter general, que el Estado es «fuente única a nivel legislativo de normas laborales».

«Ejecución», entonces, coincide con la acción administrativa laboral en los aspectos tradicionales de policía, fomento y prestación o servicio público, y no con la potestad reglamentaria de los órganos autonómicos.

Por otra parte, «legislación laboral» ha de interpretarse con la funcionalidad que la intervención normativa del Estado tiene en el nuevo modelo

de relaciones laborales diseñado por la Constitución, según se analizó en las páginas anteriores.

Tal interpretación es la que informa, por lo demás, el P. E. V. y el P. E. C.

El artículo 12, 2, P. E. V., encomienda a la Comunidad Autónoma del País Vasco la asunción de las «facultades y competencias que en este terreno ostenta actualmente el Estado», omitiendo cualquier referencia a potestad normativa («desarrollo legislativo», «potestad reglamentaria» o análogas). Más expresivo aún es el artículo 11, 2, P. E. C., puesto que la asunción de competencias se refiere, exclusivamente, a las ostentadas por el Estado «a nivel de ejecución».

Sin embargo, en ambos Proyectos se plasma una distinta concepción de los órganos de la Administración laboral, pues mientras que en el P. E. C. los órganos de la Generalidad parecen asumir, directamente, la ejecución de la legislación laboral, bajo la «alta inspección» del Estado, en el P. E. V. son servicios estatales (órganos de las Administraciones Públicas periférica e institucional), los que asumen la ejecución, aunque organizados, dirigidos y tutelados por la Comunidad Autónoma, quedando limitada la «alta inspección» del Estado al ejercicio, por parte de la Comunidad Autónoma, de esas funciones de organización, dirección y tutela.

En el P. E. C. opera, de otro lado, una importante reserva en la atribución de las competencias ejecutivas a la Generalidad, puesto que considera competencias «reservadas» al Estado las relativas a los fondos de ámbito nacional y de empleo» (!), aunque con el sorprendente inciso final de condicionar, a su vez, esta «reserva de competencia», a lo que «puedan establecer las normas del Estado sobre estas materias» (!!).

2. Un tratamiento específico, dentro del área laboral, exigen las materias relativas a «inmigración, emigración y extranjería», reguladas singularmente en el artículo 149, 1, 2.º, que las delimita como materias de competencia estatal exclusiva, y, por tanto, sin posibilidad de que por vía estatutaria opere descentralización alguna, ni siquiera en lo relativo al plano de la «ejecución». En este sentido hay que destacar el escaso respeto a la Constitución por parte del artículo 11, 2, párrafo segundo del P. E. C., que si bien reserva al Estado la competencia en la materia, de seguido permite excepciones por vía de legislación ordinaria (Ley o reglamento).

3. En el mismo nivel medio de descentralización, el artículo 149, 3, establece que las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución, pueden corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. En lo que a materia laboral se refiere, los Proyectos de Estatutos Vasco y Catalán sólo recaban competencia en orden a las «cooperativas» (art. 9, 21, P. E. C. y art. 10, 23, P. E. V.), ámbito que únicamente en ciertos aspectos singulares cae dentro de las relaciones de trabajo en sentido estricto, y, en tales aspectos, no podría ser objeto de descentralización.

c') Nivel máximo de descentralización

1. El problema fundamental de la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se plantea sin duda en relación con el que hemos denominado nivel máximo de descentralización, en el que subyace la cuestión política más grave de toda la ordenación de las autonomías territoriales en la Constitución: la existencia o no de un techo constitucional de éstas, que opere como principio de conservación de una **noción cierta de Estado.** Hasta aquí, los niveles de descentralización analizados actuaban siempre dentro de un límite preciso: las competencias que como exclusivas del Estado define el artículo 149, 1, y la cláusula residual de segundo grado a favor de éste contenida en el número 3 de dicho artículo. Los criterios que informan esa delimitación pueden ser discutibles o técnicamente imperfectos, pero tienen un cierto grado de certeza. Por el contrario; en el ámbito del artículo 150, 1 y 2, todo está peligrosamente indeterminado. El artículo 150, 1, prevé que las Cortes Generales, **en materia de competencia estatal,** podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, **normas legislativas** en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal, sin determinar un núcleo de competencias irreductible a esa atribución. Por su parte, el artículo 150, 2, faculta al Estado para transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, **facultades correspondientes a materia de titularidad estatal,** con un límite impreciso: el de que «por su propia naturaleza (dichas materias) no sean susceptibles de transferencia o delegación».

2. La indeterminación del artículo 150 ha provocado dos lecturas del texto constitucional. De una parte, desde ciertos sectores políticos, y con motivaciones contradictorias, aunque coincidentes en la lógica de su formulación, se ha insistido en la idea de que la Constitución propicia un proceso de descentralización sin fin o, más exactamente, con un fin implícito: el desmantelamiento del Estado como consecuencia de la progresiva absorción de sus competencias —sean exclusivas o no— por parte de las Comunidades Autónomas. Posición que puede quedar avalada por el relativismo de alguna opinión doctrinal de que, en rigor, no hay nada que no sea transferible por naturaleza (T. R. Fernández). Aunque este «escenario» de secesión por transferencia o delegación no es seriamente planteable, ni en el campo jurídico, ni en el político, lo cierto es que la ambigüedad del artículo 150 crea, en principio, una incertidumbre sobre el alcance de las autonomías que puede generar una serie de expectativas y reivindicaciones que pongan en tensión el equilibrio en que se basa el texto constitucional. Pero en la doctrina científica se ha defendido otra lectura del texto, insistiendo en la necesidad de reconstruir un techo constitucional frente al aparente relativismo del artículo 150, haciendo, por tanto, explícitos los límites que surgen de una interpretación sistemática de la Constitución (García de Enterría).

a") La atribución de potestades normativas por la vía del art. 150, 1

1.º) Alcance de la atribución

1. Una primera aproximación al artículo 150, 1, llevaría a la conclusión de que, puesto que las Cortes Generales pueden atribuir a las Comunidades Autónomas facultades para dictar normas legislativas en materias de competencia estatal, nada se opone a que la «legislación laboral», materia de competencia estatal según el artículo 149, 1, 7.º, sea indiscriminadamente objeto de esa atribución, aunque dentro de los principios, bases y directrices establecidos en una ley (marco) estatal y con la modalidad de control por parte de las Cortes Generales que determine esa ley, sin perjuicio de la competencia de los tribunales. Sin embargo, esta tesis no puede aceptarse, aunque no se comparta la posición interpretativa más restrictiva, según la cual el número 2 del artículo 150 y, en consecuencia, también, su número 1, operan en el ámbito de las materias de competencias concurrentes del artículo 149, 1, y sólo respecto de las competencias que, según dicho artículo, pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas (García de Enterría, quien niega, además, la posibilidad de que el Estatuto sea la vía de atribución en ese núcleo de competencias compartidas).

En efecto, en la interpretación sistemática del artículo 150, el límite que deriva de la existencia de una **esfera de competencias estatales intransferibles por naturaleza**, previsto específicamente en el número 2, debe ser aplicable también al número 1, ya que no se concibe que ese límite opere sobre **lo menos** (transferencia o delegación de facultades de «ejecución» correspondientes a una materia de competencia estatal, en una de las hipótesis que contempla el art. 150, 2), y no sobre **lo más** (ordenación total de esa materia, aun dentro de los principios de una ley marco estatal). La noción de **intransferibilidad por naturaleza** no es tan relativa como ha señalado algún sector doctrinal, al vincularla, en definitiva, a un juicio estatal sobre su oportunidad o conveniencia (T. R. Fernández). Se trata de una noción determinable aunque no inmediatamente evidente, dentro del propio texto constitucional. La clave se encuentra en el propio artículo 149, 1. Como ha señalado Cosculluela, éste no contiene una lista homogénea de competencias estatales, sino que dentro del mismo cabe distinguir entre materias de **competencia exclusiva del Estado** y materias de **competencia concurrente.** Ambas, a su vez, se estructuran en varios grupos en función de la intensidad con que se aprecie su conexión con la soberanía estatal (nacionalidad, defensa y fuerzas armadas, relaciones internacionales...) o con los principios de interés general, interregional o regional. Las materias de competencia exclusiva son **por naturaleza intransferibles** por afectar a la soberanía estatal y en las concurrentes, la posibilidad de transferencia vendrá dada por los grados de intensidad del interés en juego regional, interregional o general. Dentro del área de **competencia exclusiva estatal,** y por tanto, intransferible, se encuentra «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los espa-

fioles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (149, 1, 1.º), que hay que conectar con los principios que limitan la descentralización autonómica (**supra**, C, a), entre los que conviene recordar ahora los de los artículos 138, 2 (prohibición de que esa descentralización genere privilegios económicos y sociales) y 139,1 (igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio español, en el doble sentido de la garantía de esa igualdad entre **todos** los residentes en un territorio autonómico cualquiera que sea su origen y **entre éstos y los residentes en otro territorio**). La materia laboral queda dentro de las competencias concurrentes («legislación» estatal-«ejecución» autonómica), por lo que, para ella, hay que precisar, a efectos de delimitar las posibilidades de descentralización máxima por vía del artículo 150, el grado de intensidad del principio de prevalencia del interés general. En realidad, la noción de «legislación laboral» tampoco es homogénea como se desprende del análisis precedente. En ella se comprende tanto una «acción normativa directamente incardinada en la Constitución», y cuyo objeto es la regulación de las materias laborales expresamente constitucionalizadas, como una «acción normativa residual» (ordinaria, común, corriente, etc.) y cuyo objeto es la regulación de las restantes materias laborales.

El primer tipo de acción normativa está jerarquizado, en función de su tratamiento constitucional, en varios niveles («derechos fundamentales y libertades públicas», «derechos y deberes de los ciudadanos» y «principios rectores de la política social y económica»). Pues bien, en base a los artículos 138, 2; 139, 1; 149, 1, y concordantes, hay que entender que la reserva de ley que contiene el artículo 53, 1, opera siempre a favor de la ley estatal. Esta afirmación es pacífica por lo que se refiere a los «derechos fundamentales y libertades públicas» (título I, capítulo II, sección 1.ª, y, en particular, art. 28, 1 y 2), que sólo pueden regularse por **ley orgánica**, sin posibilidad jurídica, por tanto, de delegación legislativa (arts. 81, 1, y 82, 1). Pero, frente a alguna opinión doctrinal en contrario (Muñoz Machado), debe imponerse también respecto de las **leyes ordinarias** que regulen los «derechos y deberes de los ciudadanos» (título I, capítulo II, sección 2.ª, y, en particular, arts. 35 y 37), como única fórmula de garantía del principio constitucional de igualdad aplicable a aquéllos; garantía que, aparte de otros problemas técnicos de ordenación, en los que se insiste más adelante, impide su instrumentación mediante una «ley marco», pues o bien los «principios, bases y directrices» fijados por ella permiten un grado de flexibilidad suficiente a la norma autonómica para que ésta module la regulación introduciendo una diversificación de la intensidad de la protección, lo que vulneraría el principio constitucional de igualdad, o bien, la «ley marco» introduce, para evitar este efecto, una regulación tan cerradamente uniformadora que niega su propia funcionalidad como ley de principios o bases (en el mismo sentido, aunque con distinto alcance, Alonso Olea).

A la misma conclusión hay que llegar con respecto a los «principios rectores de la política social y económica» (título I, capítulo III, y en particular, arts. 40, 2, 42 y 49), en la medida en que las leyes estatales que

los positivicen (art. 53, 3, **in fine**) los configuren como derechos subjetivos de los trabajadores, lo que parece exigible en la mayor parte de los supuestos contemplados por la Constitución.

2. La postura que se define, en resumen, se aleja tanto de la tesis maximalista del «sin techo» (postura más política que jurídica), como de la negación de toda posible operatividad de la descentralización normativa, por la vía de la ley marco, en materia laboral (Alonso Olea). Es la naturaleza del objeto de regulación por la «legislación laboral» la que, en definitiva, determina la posibilidad de utilizar la atribución de potestades normativas prevista, dentro del nivel máximo de descentralización, por el artículo 150, 1. En concreto, entendemos que la técnica de la ley marco no podrá ser utilizada para atribuir facultades legislativas a las Comunidades Autónomas, a salvo de que se trate de materias laborales no expresamente constitucionalizadas, lo que sólo podría tener lugar, seguramente, respecto de «derechos o deberes laborales» no contemplados en la Constitución o respecto de los «principios rectores» que no se positivicen en derechos subjetivos.

3. Con independencia de la posición sistemática en el texto constitucional de las «formas de participación en la empresa» y de los «medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción» (art. 129, 2, tít. VII), en cuanto que tales materias quedan incluidas en la «legislación laboral», es aplicable la conclusión precedente cualquiera sea la interpretación que prevalezca sobre la naturaleza de aquellas «formas» y «medios»; la tesis más razonable a este respecto parece ser la de considerarlos como «principios rectores de la política social y económica» (tít. I, cap. III), por lo que todo lo afirmado para los mismos habría de entenderse válido en este ámbito del artículo 129, 2. Sin embargo, a efectos de no llegar a conclusiones tan extremas que dificulten, más allá de lo razonable, el proceso autonómico —por ejemplo negando competencia a las Comunidades sobre materias como la «legislación de cooperativas», aludida en el propio artículo 129, 2— ha de prevalecer la interpretación que entienda fuera de la «legislación laboral» la «legislación sobre sociedades cooperativas», con lo que la competencia en tal materia podría asumirse por las Comunidades Autónomas o por la vía estatutaria (art. 149, 3) o por la vía del artículo 150, 1 y 2. Esta es, por lo demás, la línea que se ha abierto paso en los Proyectos de Estatutos hasta ahora elaborados (arts. 9, 21 y 55, P. E. C., y arts. 10 y 23, P. E. V., con las reservas, en materia de legislación mercantil, que impone el art. 149, 1, 6.º).

4. En todo caso, la construcción que aceptamos parte de la diferenciación de dos únicos niveles en orden a «derechos laborales» o «condiciones de trabajo»; un nivel estatal, único por tanto en las materias laborales constitucionalizadas, y un nivel de mejora de tales mínimos conseguido, en su caso, por la acción de los antagonistas sociales (negociación colectiva, procedimientos de solución de controversias...). Lo cual quiere decir, en último término, que las Comunidades Autónomas, en las materias laborales constitucionalizadas, no podrán obtener competencia, por ninguna de las vías establecidas en la Constitución, para regular mínimos de segundo nivel sobre los mínimos estatales, los cuales jugarían, de ser posi-

bles, como intermedios entre éstos y los niveles reales resultantes del ejercicio de la autonomía colectiva. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de la esfera dejada a la acción de la autonomía individual en la determinación de derechos laborales o de condiciones de trabajo.

2.º) Técnica de atribución

1. Determinado el alcance material de la atribución de facultades legislativas, hay que hacer referencia ahora a la técnica normativa en que esa atribución tiene que objetivarse. El artículo 150, 1, se limita a señalar que la atribución podrá realizarse por las Cortes Generales «... en el **marco** de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal, añadiendo que cada ley marco establecerá la modalidad del control de las normas regidas por las Cortes Generales, sin perjuicio del correspondiente a los Tribunales». El concepto de **ley marco** plantea diversos problemas, entre los que hay que destacar los relativos a su ámbito funcional y su relación con la ley regional.

2. En cuanto a la **funcionalidad de la ley marco**, Muñoz Machado ha sostenido que se trata, en principio, de una **técnica de regulación** que afecta tanto a las competencias normativas determinadas en el artículo 149, 1, como a la atribución de potestades normativas por la vía del artículo 150, 1, es decir, que siempre que se define la competencia normativa del Estado sobre una determinada materia como competencia para establecer «bases» o «legislación básica» (art. 149, 1) o de «fijar, principios, bases o directrices» (art. 150, 1), la Constitución está imponiendo su ejercicio mediante una técnica concreta, la ley marco, que es, en definitiva, una técnica vinculada al tratamiento normativo de esa materia a nivel estatal; tratamiento que no puede ser agotador y debe limitarse al establecimiento de principios, para que, a partir de ellos, actúe plenamente la ley regional. Aunque, como se verá más adelante, esta opinión debe ser matizada para la noción de «legislación básica», hay que señalar ahora que la distinción entre los supuestos de operatividad de la ley marco, en los artículos 150, 1 y 149, 1, actúa sobre las vías de atribución de la materia y, consecuentemente, sobre el distinto papel de la ley marco estatal. En el artículo 149, 1, la atribución de competencias legislativas a las Comunidades autónomas se produce por vía de estatuto, y la ley marco se convierte en un resultado de esa atribución estatutaria en la medida en que obliga al Estado a reducir su esfera de normación a «principios y bases». Por el contrario, en el 150, 1, la vía de atribución es la propia ley marco, que contiene, además, la regulación de esos principios o bases.

3. Ello plantea otro de los problemas fundamentales del artículo 150, 1, y en general, de todo el sistema de competencias normativas compartidas: el de la relación entre ley marco estatal y «ley» regional y el de la naturaleza de ésta. La doctrina discrepa en este punto. Para Alzaga esa relación queda cuestionada al afirmar que no existe en este supuesto delegación legislativa, ni desarrollo reglamentario regional de la ley estatal, por lo que la alusión que se contiene en el artículo 150, 1, a la competen-

cia de los Tribunales, en el control de la ley regional, debe entenderse como una grave incorrección técnica, ya que las colisiones entre ley marco y regional, en cuanto colisiones entre leyes, deben excluirse de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para reservarse a la del Tribunal Constitucional. Esta opinión es compartida por Muñoz Machado, quien, sin embargo, considera que en el artículo 150, 1, se dan dos técnicas normativas (la de la ley marco y la de la delegación legislativa), aunque valore negativamente el uso de la segunda. Por el contrario, para Linde Paniagua, la referencia al control de los Tribunales lleva a negar rango legislativo a las normas dictadas por las Comunidades autónomas en base a la autorización de la ley marco, por lo que aquéllas tendrán necesariamente carácter reglamentario y ésta no podrá atribuir facultades normativas en las materias reservadas a la ley por el artículo 53, 1, de la Constitución. En realidad, las posiciones de Aizaga y Muñoz Machado minimizan el control de los Tribunales, violentando la inequívoca dicción del artículo 150, 1, mientras que la de Linde sobrevalora ese control para deducir la naturaleza, en todo caso reglamentaria, de la norma regional. De ahí, que haya que considerar más acertada la opinión de Alonso Olea, según el cual, el paralelismo entre el artículo 150, 1, y el 82 de la Constitución, revela una concepción de la relación entre ley marco y norma autonómica propia de la «delegación legislativa». Esta conclusión parece clara y no sólo por razones de similitud, sino fundamentalmente porque esa relación no está regida (ni en el supuesto de ley marco «de fijación» del art. 149, 1, ni en el de ley marco «de atribución» del art. 150, 1), por el principio de competencia, sino por el de **jerarquía**. La ley regional o autonómica está subordinada a la ley marco y si actúa «ultra vires» contradiciendo sus principios o ampliando la esfera de la atribución, podrá ser revisada por los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Y ello, aunque **formalmente** sea una ley del Parlamento de la Comunidad Autónoma, ya que esa «ley» no es en este caso la manifestación de un principio de supremacía basado en la soberanía popular, sino de un principio de adecuación a las directrices de la ley estatal, que es la que expresa esa soberanía de la que la norma autonómica —cualquiera que sea su rango— recibe, en definitiva, su «auctoritas». Esta conclusión se reafirma por el P. E. V. (pese a la «retorcida» fórmula del art. 38, 1) y viene avalada por el propio artículo 149, 3. Según el párrafo 2.º de este artículo, las «normas (del Estado) **prevalecerán**, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades autónomas, en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas». Ahora bien, en el ámbito donde opera la ley marco no estamos ante competencias exclusivas de las Comunidades autónomas, en las que éstas tienen un poder legislativo sólo condicionado por la Constitución y excepcionalmente por las leyes estatales de armonización (art. 150, 3). Estamos, por el contrario, ante materias de competencia compartida (artículo 149, 1) o de competencias estatales que se atribuyen, vía de atribución limitada de facultades normativas, a las Comunidades autónomas. Se da, por tanto, una relación jerárquica entre ley marco y ley regional, de forma que las posibles desviaciones de esta última no quedan sometidas al Tribunal Constitucional, pues no se trata aquí de una cuestión de in-

constitucionalidad que habría que resolver comparando la ley regional con la Constitución [arts. 153, a), y 161,1, a)], ni necesariamente de un conflicto de competencia entre Estado y Comunidad autónoma [art. 161, 1, c)], aunque pueda dar lugar al mismo, sino de un «juicio» sobre el cumplimiento por parte de la norma subordinada regional de los límites de delegación.

Estamos, pues, ante un tipo de delegación legislativa, en la medida en que participa plenamente de la esencia política de ésta. Pero ante un tipo «sui generis» que, presentando una identidad fundamental con la institución regulada en los artículos 82 a 84 de la Constitución, tiene, sin embargo, rasgos característicos muy acusados: 1) la delegación se realiza (o puede realizarse) a favor de un órgano legislativo, con lo que la ley delegada no tendrá sólo fuerza de ley, sino rango formal de ley autonómica; 2) la delegación se circunscribe a la técnica de la ley de bases; 3) puede no existir un plazo para el ejercicio de las facultades legislativas delegadas y éste será, además, el supuesto normal en el caso de facultades legislativas asumidas vía Estatuto (art. 149,1 y 3), aunque tal supuesto no pueda producirse, como ya se ha visto, en materia laboral; materia en la que la delegación legislativa sólo puede operar por la vía del artículo 150, 1, y siempre dentro del escaso margen delimitado por el apartado anterior.

b") La transferencia o delegación de facultades por la vía del artículo 150,2

1. El artículo 150, 2, configura el segundo mecanismo de descentralización máxima al establecer la posibilidad de que el Estado pueda transferir o delegar a las Comunidades autónomas facultades correspondientes a materia de titularidad estatal. La operatividad de este precepto en materia laboral es variable en función del tipo de Comunidad autónoma en favor de la que se realice la transferencia o delegación. Para las Comunidades autónomas de primer grado, y a nivel de ejecución, aquéllas sólo tendrán sentido respecto a facultades en materia de emigración (no asumibles por vía estatutaria) o a facultades en materia laboral que, aunque asumibles por vía estatutaria, no lo hayan sido y hayan quedado, por tanto, en la esfera de competencia estatal como consecuencia de la cláusula residual de segunda instancia contenida en el artículo 149, 3. Para las de segundo grado, al mismo nivel de ejecución, la previsión del artículo 150, 2, tiene una extraordinaria importancia pues es el único cauce con el que éstas cuentan para el acceso a un sistema de competencias compartidas en el área laboral. A pesar de la trivialización a que ha querido someterlo algún sector doctrinal, viendo en él sólo una técnica menor de descentralización administrativa (Alzaga), la dicción ambigua del artículo 150, 2, permite interpretaciones de mayor alcance.

En efecto, ¿qué hay que entender por facultades correspondientes a materia de titularidad estatal? En primer lugar, no parece claro que haya que limitar esas transferencias o delegaciones al área de la mera ejecución (Alonso Olea), pues el artículo 150, 2, no excluye las potestades normativas y nada permite, en el 150, 1, concluir que las únicas posibilidades de transferencia de esas potestades se limiten a la vía señalada en este precepto,

opinión que confirma el artículo 20, 1, P. E. V. De ahí que el artículo 150, 2, pueda, en principio, actuar como vía para transferir facultades legislativas sin atenerse a la técnica de la ley marco, configurando supuestos de remisión normativa, genérica o específica, o de deslegalización con reenvío a la norma regional. Por otra parte, tampoco puede admitirse la tesis de que la expresión «facultades correspondientes a materia...» excluye que se puedan transferir todas las competencias sobre una determinada materia (Muñoz Machado). Ciertamente no se podrá transferir la materia en bloque, pero sí (sucesiva o simultáneamente) un número ilimitado de competencias estatales sobre la misma, lo que, en definitiva, lleva a idéntico resultado. El único límite a la transferencia o delegación es el de que por su propia naturaleza la materia en cuestión no sea susceptible de ellas. El alcance de esa intransferibilidad por naturaleza ha sido analizado al examinar el artículo 150, 1, por lo que el ámbito de actuación del artículo 150, 2, queda reducido a las facultades normativas ya señaladas y a facultades de ejecución no asumidas por los Estatutos. La vía de atribución es siempre una ley orgánica que formaliza una decisión unilateral del Estado y, por tanto, revocable, lo que excluye que el Estatuto, a pesar de su carácter de ley orgánica, pueda operar las transferencias o delegaciones.

> El artículo 150, 2, contiene dos técnicas de atribución distintas: la descentralización propia y la delegación intersubjetiva (T. R. Fernández). En el primer caso, la ley orgánica ordena directamente la transferencia por lo que sólo mediante otra ley orgánica podrá ser revocada; en el segundo, la ley orgánica sólo autoriza la delegación, que deberá ser acordada y podrá ser libremente revocada por el órgano estatal correspondiente. Al igual, que en el supuesto del artículo 150, 1, la Ley orgánica debe prever formas de control adicionales a favor del Estado y, en caso de atribución de competencias de ejecución, la correspondiente transferencia de medios financieros.

c) Delimitación de competencias en materia de seguridad social

a') Nivel mínimo de descentralización

1. En este nivel mínimo de descentralización (art. 148, 1) se incluyen materias que discutiblemente pueden relacionarse con la «legislación de seguridad social»: la materia de «asistencia social» (art. 148, 1, 20) y la materia de «sanidad e higiene» (art. 148, 1, 21).

Difícil decidir hasta que punto la esfera de la «asistencia social» entra en el modelo constitucional de seguridad social, pues se trata de un concepto de muy dudosa delimitación técnica, lo que se agrava por el hecho de que el propio artículo 41 de la Constitución alude a «asistencia» sin otra puntualización susceptible de concretar su alcance. De ese modo, la esfera de la «asistencia social» puede entenderse integrada en el modelo de seguridad social —según el análisis precedente, supra, III, B)— o puede hacerse coincidir exclusivamente con la «asistencia pública» en los términos del R. D. L. 36/1978. Esta ambigüedad no se ha desvelado en los Proyectos de Estatuto vasco y catalán, los que en sus artículos 10, 12 y 9, 25, respectivamente, se limitan a enumerar como competencia exclusiva de las Comunidades esta materia.

Pensamos que una interpretación sistemática de la Constitución lleva necesariamente a concluir que la «asistencia social» se identifica aquí con los mecanismos de asistencia pública y, en ningún caso, con un posible mecanismo asistencial integrado en el sistema de seguridad social, por lo que las actuales medidas de «asistencia social» del sistema no podrían quedar comprendidas en la esfera de la materia a que se refiere el artículo 148, 1, 20.

2. Conclusión paralela hay que obtener respecto de la materia de «sanidad e higiene», aunque en un principio la indeterminación de los conceptos, unido al fraccionamiento constitucional en lo relativo al derecho a la salud (art. 43, 1), tolerarían dudas semejantes. Entendemos, pues, que los mecanismos de sanidad e higiene coinciden con mecanismos públicos ajenos al sistema de seguridad que, por lo tanto, se delimitan rigurosamente de las prestaciones sanitarias de éste. Y aunque, en un futuro, se configurara un «servicio nacional de la salud», no cabe aventurar con perspectiva de presente si éste quedaría dentro o fuera del sistema de seguridad social.

De todos modos, hay que tener en cuenta que las competencias de las Comunidades autónomas en esta materia cuentan con el techo que se desprende del artículo 149, 1, 16, lo que obliga a distinguir entre una esfera de «sanidad exterior» y una esfera de «sanidad interior», entre «bases y coordinación general de la sanidad (interior)» y las restantes competencias, siendo sólo estas últimas las asumibles por vía estatutaria, quedando en todo caso fuera de ellas lo relacionado con la «legislación sobre productos farmacéuticos».

El P. E. V., en su artículo 18, 1, atribuye a la competencia de la Comunidad el «desarrollo legislativo y la ejecución» de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior. Y el P. E. C., en su artículo 17, 1, concordante con el 9, 11, contiene una fórmula sensiblemente igual.

b') Nivel medio de descentralización

1. En este nivel de descentralización, el artículo 149, 1, 17, determina como competencia exclusiva del Estado la «legislación básica y régimen económico de la seguridad social», y como competencia concurrente, a través de la cláusula «sin perjuicio», «la ejecución de sus servicios».

Identificado el alcance de la «legislación de seguridad social» como legislación relativa al actual sistema positivo, o al sistema futuro que pueda configurarse sobre el modelo constitucional, el problema que se plantea, con agudeza, es el de definir la noción de «legislación básica». Como en otros muchos casos, destaca la extraordinaria imprecisión técnica de la Constitución, que en su artículo 149, 1, utiliza hasta cuatro conceptos de análogo alcance: «legislación básica» (149, 1, 17; 149, 1, 18; 149, 1, 23), «condiciones básicas» (149, 1, 1), «bases» (149, 1, 8; 149, 1, 11; 149, 1, 13; 149, 1, 16; 149, 1, 18 y 149, 1, 25) y «normas básicas» (149, 1, 27 y 149, 1, 30).

Ya Sánchez Agesta, en los debates parlamentarios, sugirió que se sustituyera la referencia a «legislación básica» por la referencia a «bases»,

en la medida en que la utilización de la primera expresión haría surgir la duda de si «esa legislación básica es realmente una ley de bases o una legislación sobre algún punto que se considere básico, pero no una legislación de bases» (sesión del Senado, de 12 de septiembre de 1978). En general, la doctrina dominante (entre los administrativistas, T. R. Fernández, Muñoz Machado, y entre los laboralistas, Alonso Olea, Palomeque...) entienden que la duda ha de resolverse en el sentido de equiparar «legislación básica», «bases», etc., a «leyes de bases», bien sea en su forma de «legislación delegada» o en su forma de «leyes marco».

Sin embargo, las consecuencias de esa interpretación son obvias. En la medida en que la «ley de bases» deje, de acuerdo con su propia naturaleza, un margen suficiente de actuación a las leyes regionales para que éstas, en los límites establecidos, puedan regular con criterios sustancialmente distintos, entre sí, y con relación a la ley delegada estatal, las mismas materias (por ejemplo en lo relativo a requisitos para causar derecho a las prestaciones, cuantía de éstas, etc., ejemplos que se comprenden sobradamente imaginando la diversidad de desarrollos normativos que hubiera permitido un texto legal como la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963), es indiscutible la consecuencia última de disolución del sistema de seguridad social. Por ello hemos entendido que es necesario interpretar el precepto de modo que «legislación básica» (o sus equivalentes) coincidan con «legislación sustantiva o fundamental». Como quiera que por «legislación» ha de entenderse Ley más reglamentos, «legislación básica de seguridad social» deberá ser definida como toda regulación legal o reglamentaria referida al «campo de aplicación», a la «acción protectora» y, por supuesto, al «régimen económico», afirmación esta última nada problemática dada la explicitación que en torno a aquél establece el mismo texto constitucional.

Esta opinión no viene avalada sólo en la interpretación literal del precepto, sino que se apoya:

1) En los propios límites que para la descentralización autonómica derivan de los principios generales ya analizados (arts. 138, 139, etc.), puesto que tanto en su configuración actual, como en la que derive del modelo constitucional del artículo 41, la seguridad social genera derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, que excluyen discriminaciones a nivel territorial.

2) Por la coherencia del propio texto constitucional, puesto que si exige uniformidad en el «régimen económico» (lo cual equivale a uniformidad de las aportaciones contributivas de todo orden a la financiación del sistema) no puede sostenerse con seriedad que esa uniformidad quiebre en el plano de la acción protectora a través de regulaciones territoriales diversas, las cuales, a la vista de la situación desigual de las distintas nacionalidades y regiones, llevarían sin duda a una mayor injusticia en la redistribución de las rentas, función asignada a la seguridad social como primaria.

3) En la debilidad de los argumentos que se utilizan para mantener la interpretación contraria, ya que ni los antecedentes históricos la sus-

tentan en absoluto (por el contrario, en el ámbito de la Constitución republicana de 1931, según se ha visto, a las regiones no incumbía en materia de previsión social otra competencia que la ejecutiva), ni desde luego puede avalarse inequívocamente en los debates parlamentarios (la confusión técnica y de principio que se exterioriza en las intervenciones más específicamente dedicadas al tema en el Congreso es, cuando menos, llamativa), ni, mucho menos, en el espíritu y finalidad del precepto.

En resumen, entendemos que por la vía de la descentralización media sólo cabe que los estatutos confíen a las Comunidades autónomas (de primer grado) las siguientes competencias:

1) Competencia en materia de «legislación no básica» en el ámbito del sistema vigente de seguridad social o del que se configure con apoyo en el modelo del artículo 41. Por legislación no básica habría que considerar la relativa a aspectos no referidos ni al campo de aplicación, ni a la acción proectora (ni, por supuesto, al régimen económico), y, por tanto, referidos sólo a aspectos instrumentales (organización, procedimientos, etcétera).

2) Competencia en materia de ordenación de fórmulas libres de protección social, en la medida en que éstas queden fuera del sistema de seguridad social o régimen público diseñado por el artículo 41.

Por consiguiente, consideramos una desviación grave en los Proyectos de Estatuto vasco y catalán, con respecto a los principios constitucionales, la asunción por parte de las respectivas Comunidades autónomas del «desarrollo legislativo» de la legislación básica del Estado (arts. 18, 2, a) y disposición transitoria 7.ª, 1, P. E. V. y art. 17, 2, a) y disposición transitoria 2.ª, P. E. C.), lo que llevará a que por aquéllas se regulen aspectos sustantivos del sistema de la seguridad social; resulta particularmente rechazable, a este respecto, y pese a venir avalada por algunas opiniones doctrinales, la fórmula de la disposición transitoria 2.ª, P. E.C.

2. No es discutible la competencia exclusiva del Estado en lo que la Constitución denomina «régimen económico de la seguridad social», aunque de nuevo se plantea la duda de la interpretación de su alcance conceptual, nada pacífico, entre otras razones por la confusión que puede derivarse de la contraposición legal entre «régimen económico financiero» y «régimen económico-administrativo» en el vigente sistema (arts. 43 y 48 a 53, L. G. S. S.) y de la creación misma de la Tesorería General de la Seguridad social.

A nuestro juicio, por régimen económico de la seguridad social ha de entenderse la determinación de los recursos del sistema y su distribución territorial y funcional, aunque no la «gestión patrimonial».

Aunque, aparentemente, los Proyectos de Estatuto vasco y catalán (arts. 18, a, b y 17, 2, b, respectivamente) se atienen a la delimitación constitucional al atribuir a las Comunidades la «gestión del régimen económico», sin embargo el P. E. V. propicia otra grave desviación al prever la celebración de posibles convenios entre el Estado y la Comunidad (disposición transitoria 5.ª) para la asunción por ésta del régimen económico,

lo que, pese a las reservas retóricas del precepto, supone una seria amenaza a la unidad de dicho régimen, especialmente si el concepto **convenio** recibe la acepción (de **concierto**) que ha merecido en el plano fiscal o tributario.

3. Respecto de las competencias concurrentes Estado-Comunidades autónomas en lo relativo a «ejecución de los servicios», es evidente que ésta se contrae sólo al área de lo que viene entendiéndose como «gestión de la seguridad social», y, en este sentido, puede operarse, por vía estatutaria, una asunción total por parte de las Comunidades autónomas de este área, lo que implica que:

1.º La Comunidad autónoma pueda crear «órganos» a nivel de su «Administración Central» (Gobierno autonómico), que asuman respecto a los organismos gestores «estatales» (lo que, sin embargo, produciría un choque entre «tutela» y «jerarquía»), o respecto de los organismos gestores «autonómicos», las facultades de «dirección, vigilancia y tutela» que en el ámbito estatal corresponden al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, sin más límite que el que pudiera referirse a facultades de decisión en materia de «régimen económico» de la seguridad social.

2.º La Comunidad autónoma puede establecer una descentralización institucional propia en materia de seguridad social, mediante la creación o establecimiento u organización de entes gestores que desplazarían, en el territorio de aquélla, a los entes estatales. Pero probablemente dentro de los límites que derivan de la fijación, a nivel estatal, de los gastos de administración y primer establecimiento.

Los Proyectos de Estatuto vasco y catalán siguen estos criterios en lo fundamental, al atribuir a las respectivas Comunidades la potestad para «organizar y administrar, dentro de su territorio, todos los servicios (relacionados con la seguridad social) y ejercer la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones, en la materia», reservándose al Estado la alta inspección (art. 18, 4, P.E.V., y análoga fórmula literal en el art. 17, 4, P.E.C.).

En el ejercicio de estas facultades de autoorganización de los servicios de seguridad social, las Comunidades autónomas están obligadas a respetar criterios de participación democrática de los interesados, así como de los sindicatos y asociaciones empresariales, en los términos que la ley establezca (arts. 18, 5, P.E.V. y 17, 5 y 55, P.E.C.); remisión ésta que opera indudablemente en el ámbito del artículo 129, 1, de la Constitución.

4. En el mismo nivel medio de descentralización, el artículo 149, 3, establece, como ya se ha dicho, que las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución, pueden corresponder a las Comunidades autónomas, en virtud de sus respectivos estatutos. En lo que atañe a legislación de seguridad social, los Proyectos de Estatuto vasco y catalán sólo recaban competencia en orden a las «mutualidades no integradas en la seguridad social» (arts. 10, 23, P.E.V. y 9, 21, P.E.C.). No obstante, cabría la posibilidad de utilizar el artículo 149, 3, en una forma más amplia, para que —aparte del juego en la asunción de competencias en el ámbito de la

«legislación no básica» de seguridad social —las Comunidades asumieran competencia en lo relativo a mecanismos no básicos de protección (por ejemplo las actuales «mejoras voluntarias» y todos los mecanismos de protección social libre).

c) **Nivel máximo de descentralización**

1. Las mismas consideraciones realizadas **supra** (C, b, c', a''), respecto del cauce del artículo 150, 1, de la Constitución, en orden a la atribución de competencias normativas a las Comunidades en materia laboral, son aplicables, **mutatis mutandis**, al ámbito de la materia de seguridad social. Entendemos, en tal sentido, que tampoco cabe utilizar la vía de este precepto para atribuir a las Comunidades facultades normativas en materia de legislación básica de seguridad social, por tratarse de materia directamente constitucional que, además, sin perjuicio de la ubicación del precepto que configura el modelo (art. 41), dentro de los «principios rectores de la política social y económica», se positiviza como un derecho subjetivo de carácter público. La operatividad del artículo 150, 1, es pequeña en la atribución de competencias a las Comunidades en materia de seguridad social, puesto que se reduce al ámbito de la seguridad social no integrada en el futuro **régimen público** de la seguridad social, o al ámbito no básico del actual sistema (mejoras voluntarias por ejemplo), y sólo para el supuesto de que dicha atribución no se haya obtenido por la vía estatutaria normal, respecto de las Comunidades de primer grado, o se trate de Comunidades de segundo grado que sólo podrían asumirlas por la vía del artículo 150, 1.

2. Análogas consideraciones caben respecto de las realizadas **supra** (C, b, c', b'') para el cauce del artículo 150, 2, extremando aquí las conclusiones sobre la escasa operatividad de esta vía, en materia de seguridad social, salvo para las Comunidades de segundo grado.

• • •

El cuadro que se incorpora, sobre distribución de competencias entre Estado y Comunidades autónomas en materia de relaciones laborales y seguridad social, tiene una pretensión estrictamente clarificadora.

DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS ENTRE ESTADO-COMUNIDADES AUTONOMAS

Artículo	MATERIA	COMPETENCIA
148	ASISTENCIA SOCIAL (art. 148, 1, 20) SANIDAD E HIGIENE (art. 148, 1, 21)	Comunidad Autónoma (art. 148, 1)
149, 1	EMIGRACION E INMIGRACION (art. 149, 1, 2.º)	Estado-Comunidad Autónoma (artículos 149, 1, y 150, 2)
	LEGISLACION LABORAL (art. 149, 1, 7.º)	Estado-Comunidad Autónoma (artículos 149, 1, y 150, 1 y 2)
	EJECUCION LEG. LABORAL (art. 149, 1, 7.º)	Comunidad Autónoma (art. 149, 1)
	LEGISLACION BASICA SEG. SOCIAL (art. 149, 1, 17)	Estado-Comunidad Autónoma (artículos 149, 1, y 150, 1)
	REGIMEN ECONOMICO SEG. SOCIAL (art. 149, 1, 17)	Estado (art. 149, 1, 17)
	EJECUCION SERVICIOS SEG. SOCIAL (art. 149, 1, 17)	Comunidad Autónoma (art. 149, 1, 17)
	LEGISLACION NO BASICA SEG. SOCIAL (art. 149, 1, 17, a contrario)	Comunidad Autónoma (art. 149, 1, 17)
149, 3	NO ASUMIDAS POR LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN SUS ESTATUTOS (artículo 149, 3)	Estado-Comunidad Autónoma (artículo 149, 3)

EN MATERIA DE RELACIONES LABORALES Y SEGURIDAD SOCIAL

LIMITES DE LA ATRIBUCION	VIA DE ATRIBUCION
En su caso, asistencia social del sistema de seguridad social (art. 149, 1, 17) Sanidad Exterior. Bases y coordinación de la sanidad, legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149, 1, 16)	Estatuto (art. 147, 2, d) Ley marco (art. 150, 1) Ley orgánica (art. 150, 2)
Facultades que excedan de la mera gestión (arts. 42, 138, 139 y 149, 1, 1.°)	Ley orgánica (art. 150, 2)
Materias laborales expresamente constitucionalizadas (título I, caps. II y III, en los artículos correspondientes; arts. 138, 139 y 149, 1, 1.°)	Ley marco (art. 150, 1) Ley orgánica (art. 150, 2)
—	Estatuto (art. 147, 2, d) Ley orgánica (art. 150, 2)
Aspectos básicos (campo de aplicación y acción protectora) del sistema o régimen público de seguridad social (artículos 41, 136, 139 y 149, 1, 1.°)	Ley marco (art. 150, 1) Ley orgánica (art. 150, 1)
Facultades que excedan la mera gestión patrimonial (artículos 41, 138, 139 y 149, 1, 1.°)	Estatuto (art. 147, 2, d) Ley orgánica (art. 150, 2)
—	Estatuto (art. 147, 2, d) Ley orgánica (art. 150, 2)
—	Estatuto (art. 147, 2, d) Ley marco (art. 150, 1) Ley orgánica (art. 150, 2)
Los señalados para la emigración, relaciones de trabajo y seguridad social en los epígrafes precedentes del artículo 149	Ley marco (art. 150, 1) Ley orgánica (art. 150, 2)

BIBLIOGRAFIA BASICA

(Además de los estudios incluidos en este núm. 4 de los **Cuadernos**)

ALONSO OLEA, Manuel: **La Constitución y las fuentes del derecho del trabajo.** II Coloquio sobre Relaciones Laborales. Jaca, septiembre, 1978.

— **El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas.** R. P. S., 1979, número 121, pp. 41-74.

ALZAGA, Oscar: **Comentario sistemático a la Constitución española de 1978.** Madrid. (Ed. del Foro), 1978.

AYESTARAN, J. A.: **El anteproyecto de Estatuto de autonomía.** ELA (STV) ANTZEN. «Revista Sindical», 1979, núm. 1, p. 6.

BARETTONI-ARLERI: **Istituzioni di ricupero e reabilitazione, riforma sanitaria e programmazione.** «Revista degli Infortuni e delle Malattie professionale», 1976, I, pp. 129 y ss.

BELLINI: **Sanitá e sicurezza nella legislazione regionale.** Padua (Cedam), 1974.

CANAPERIA-GARACI: **Per una riforma dell'asistenza sanitaria italiana in rapporto alle atribuzioni conferite alla regione della Costituzione.** «Annali della Sanitá Pubblica», 1948, pp. 168-183.

CASTIÑEIRA, Jaime: **La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y readaptación profesional y el estatuto de los trabajadores.** R. P. S., 1979, núm. 121, pp. 123-141.

CIRCULO DE EMPRESARIOS: **Comentarios al contenido económico social del Anteproyecto de Constitución.** Madrid, enero, 1978 (multicopiado).

— **Las autonomías. (La concepción autonomista del nuevo orden constitucional y su incidencia sobre la economía).** Madrid, 1979, 51 pp.

— **Estudio general sobre el régimen de autonomías y las competencias sobre materias económicas.** En «La empresa privada en la Constitución española. Estudios Jurídicos». Madrid, 1979, pp. 161-228.

CLAVERO AREVALO, Manuel: **La España de las autonomías.** Madrid (Langa, A. P. Grafipress), 1978.

COLUCCI-RAMPULLA: **Esercizio provvisorio delle funzioni trasferite e modelli di amministrazione regionale.** «Le Regioni», 1973, pp. 493-544.

— **Accentramento e autonomia nella legislazione sociosanitaria delle regioni.** «Democrazia e Diritto», 1975, pp. 776 y ss.

CRISCI, N.: **Regioni: nuove frontiere per la sicurezza sociale.** «Studi in onore di Chiarelli». Milán (Giuffré), 1974, vol. III.

CHERICONI, Eldo: **Regioni e sicurezza sociale.** «Lavoro e Previdenza Oggi», 1974, pp. 1643-1648.

CHIARELLI, G.: **La competenza legislativa della regione in materia de assistenza.** «Rivista Italiana di Providenza Sociale», 1949, pp. 3-8.

D'ALBERGO: **La regione e l'organizzazione locale dell'assitenza.** «Rivista degli Infortuni e delle Malattie professionali», 1976, I, pp. 11 y ss.

DÄUBLER, Wolfgang: **Problemática actual del derecho de huelga.** Ponencia Inédita. Sevilla, mayo, 1979.

DOCUMENTACION ADMINISTRATIVA: Números extraordinarios sobre **Autonomías Regionales** (1977, núm. 175). **La Constitución Española de 1978** (1978, núm. 180); y 1979, número 182.

DUQUE, Justino: **Constitución económica y derecho mercantil.** «Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil». Madrid (Fundación Universidad empresa), 1979 (Inédito).

FERNANDEZ, Julio: **Alternativas políticas o la crisis estructural del sistema de seguridad social.** «El País», 1 diciembre 1978.
GARCIA BECEDAS, Gabriel: **La libertad sindical en la Constitución: análisis de los derechos de libertad sindical,** inédito.
GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: **El techo constitucional de las autonomías territoriales: un problema básico.** «El País», 7 y 8 marzo 1979.
— **La Constitución como norma jurídica** (inédito, 1979).
GHEZI, G.: **Statuto del diritto del lavoratori.** «Novissimo Digesto Italiano», t. XVIII.
ILLARRAMENDI, J.: **Competencias para la Consejería de trabajo.** ADEGUI, 1979, núm. 7, pp. 5-6.
MARTIN RETORTILLO, Sebastián: **Presupuestos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa.** En «Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX» (Homenaje a E. Sayagués). Madrid, 1969, pp. 211-243.
MARTINEZ ESTERUELAS y otros: **La regulación del derecho de libertad de empresa en el proyecto de Constitución.** Madrid, 1978, dictamen inédito.
MERUSI: **Verso la ricomposizione dei servizi sanitari regionali.** «Foro Amministrativo», 1975, II, pp. 487 y ss.
MUÑOZ MACHADO, Santiago: **Las potestades legislativas de las comunidades autónomas.** Madrid (Ed. Civitas), 1979.
ORLANDINI, Aldo: **La regionalizzazione delle prestazioni sanitarie.** «Rivista italiana di previdenza sociale», 1974, pp. 496-501.
PALADIN: **Problemi legislativi ed interpretativi nella definizione della materia di competenza regionale.** «Foro Amministrativo», 1971, III, pp. 3 y ss.
PALOMEQUE, M. Carlos: **Los derechos a la seguridad social y a la salud en la Constitución.** Ponencia inédita. Madrid (Centros de Estudios Constitucionales), 1979.
PEÑA, Marcos, y GOMEZ, Carlos: **La negociación colectiva en el año de la transición.** «El País», 3, 6 y 7 junno 1979..
PERONA: **Opciones económicas de la Constitución.** Madrid (Siglo XXI), junio, 1978 (Inédito).
RICCIARDI, Mario: **Il processo di formazione dello Statuto dei lavoratori.** «Sindicato e Magistratura del conflitti di lavoro». I, Bolonia, 1976, pp. 59-125.
RIVERO LAMAS, Juan: **Los sindicatos y la acción sindical en la Constitución.** «Estudios sobre la Constitución española de 1978», 1979.
RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: **Criterios previos para la valoración de la Constitución.** «Leviatan», 1978, núm. 1.
RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel: **Un modelo democrático de relaciones laborales.** «Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo». Sevilla (Universidad), 1977, pp. 11-41.
RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel; MARTIN VALVERDE, Antonio, y DURAN, Federico: **Regulación del derecho de huelga y su problemática.** Ponencia inédita. Sevilla, mayo, 1979.
SAGARDOY, Juan A.; **Las relaciones laborales en la Constitución.** «Libre Empresa», 1978, núm. 8, pp. 61-130.
SALA CHIRI, Maurizio: **Lavoro e sicurezza sociale fra Stato e autonomia regionale.** Milán (Giuffré), 1977.
SCUDIERO: **I Controlli sulle regioni, provincie e comuni.** Nápoles, 1963.
SOLE TURA: **Los comunistas y la Constitución.** Madrid (Forma Ed.), 1978.
SUAREZ, Fernando: **El derecho del trabajo en la Constitución.** «Lecturas sobre la Constitución Española». Madrid (UNED), 1978, vol. II, pp. 195-239.
VAIANO: **La legislazione regionale in materia sanitaria.** «Rivista degli Infortuni e delle Malattie professionali», 1976, I, pp. 11 y ss.
VALDES DAL-RE, Fernando: **Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo.** «Revista de la Facultad de Derecho». Madrid (Univ. Complutense), 1979.
VARIOS: **Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo.** Murcia (Colegio de Abogados), 1978.
— **Estudios sobre el proyecto de Constitución.** Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1978.
— **Los trabajadores y la Constitución.** Informe. «Argumentos», 1978, núm. 14, pp. 54-66.
— **Las autonomías regionales. Aspectos políticos y jurídicos.** Madrid (Presidencia del Gobierno. Instituto Nacional de Prospectiva), 1977.
— **Lecturas sobre la Constitución Española.** Madrid (UNED), 2 tomos, 1978; t. I, 2.ª ed., 1979.
— **Autonomías regionales.** «Documentación Administrativa», 1977, núm. 175.
— **La Constitución española de 1978.** «Documentación Administrativa», 1978, núm. 180.

— **La Inspección de trabajo en la seguridad social.** «I Jornadas Técnicas de la Inspección de Trabajo», junio, 1978 (III Ponencia)
— **La acción sindical en la empresa.** «Encuentros de Oviedo, Granada y Barcelona». Madrid (Fundación Friedrich Ebert), 1979.
— **Constitución española.** Edición comentada. Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1979.
— **Constitución y Economía. Madrid** (Ed. Rev. Derecho Privado), 1977.
— **Constitución, Economía y Regiones.** Madrid (Ibérica Europea de Ediciones), 1978.
— **Estudios sobre la Constitución española de 1978.** Ed. a cargo de M. Ramírez. Zaragoza, 1979.
— **VII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo.** Lanzarote, febrero, 1979 (Ponencias a ciclostil).
— **Civitas.** «Revista Española de Derecho administrativo», 1979, núm. 21.
— **Revista de Política Social,** 1979, núm. 121.
— **El proceso autonómico previsto en la Constitución.** «El País», 9 diciembre 1979.
VIDAL CARUANA: **Situación de las relaciones industriales en España tras la Constitución. Proyectos legales y normativa.** Madrid (APD), 1979.
VILLA, Luis E.: **El derecho del trabajo en España durante la II República.** «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid». (Univ. Complutense), 1969, núms. 34-36, pp. 237-370.
— **Libertad de sindicación y responsabilidad de la productividad nacional.** Madrid (Instituto de Ciencias del Hombre), 1980.
— **Algunas reflexiones para la regulación legal del derecho de huelga.** En el libro en homenaje a Gaspar Bayón, en prensa.
VILLA, Luis E., y PALOMEQUE, Carlos: **Introducción a la Economía del trabajo.** Madrid (Ed. Debate), vol. I (1978), pp. 422-441 y 633 y ss.; vol. II (1977), pp. 263 y ss.
VILLA, Luis E., y DESDENTADO, Aurelio: **Manual de Seguridad Social.** Pamplona (Ed. Aranzadi), 2.ª ed., 1979.

X

SINDICATOS, CONVENIOS Y CONFLICTOS COLECTIVOS: EL DEBATE CONSTITUCIONAL

ALFREDO MONTOYA MELGAR
Catedrático Numerario de Derecho del Trabajo
Universidad de Murcia

I. LA FUNCION DEL SINDICATO SEGUN EL DEBATE CONSTITUCIONAL

1. El «borrador» inicial del texto de la Constitución, hecho público de modo extraoficial a fines de noviembre de 1977, prefiguraba la idea del legislador constituyente acerca de la función de los sindicatos con una fórmula que, si en su diseño general se ha mantenido, en sus detalles ha sufrido numerosos cambios a lo largo del complejo procedimiento constitucional.

El artículo 6.° de dicho texto establecía que

> «Los sindicatos de trabajadores, las organizaciones profesionales y las asociaciones empresariales, contribuyen a la defensa de los intereses económicos y sociales que les afecten. Se forman y ejercen su actividad libremente dentro del respeto a la Constitución y a la ley.»

La ambigüedad del precepto, que el debate constitucional no ha logrado eliminar por completo, era notoria; de un lado, se alineaban junto a los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, las «organizaciones profesionales»; de otro lado, la misión común que se atribuía a esos entes consistía en un difuso «contribuir» (cabe preguntar: ¿con quién?) a defender los intereses económicos y sociales que les afectasen, formulación escasamente definitoria, pues no se concibe un organismo asociativo que no se preocupe de la defensa de sus propios intereses.

2. El Anteproyecto de Constitución, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes número 44, de 5 de enero de 1978, acogía en su artículo 5.8 el texto transcrito del artículo 6.° del «borrador», sin más alteración que la supresión de las palabras «que les afecten».

3. El Informe de la Ponencia al Anteproyecto de Constitución, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes número 82, de 17 de abril de 1978, hacía

suya la modificación introducida por el Anteproyecto y añadía algún otro cambio, de fondo y de estilo. El artículo —ahora 7.°— del texto decía:

> «Los sindicatos de trabajadores, las organizaciones profesionales y las asociaciones empresariales, contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley.»

A la función demasiado pasiva de mera defensa se añadía la de promoción o desarrollo, aplicadas no ya a intereses propios (como en el borrador) sino, mucho más ampliamente, a los intereses económicos y sociales «in genere». Fórmula que tampoco resulta muy afortunada, puesto que con ella se difumina aún más la función típica del sindicato (y la de las asociaciones empresariales y colegios profesionales), que queda relegada a una nebulosa contribución en la tarea de defender y promover unos intereses tan amplísimos e indefinidos («los intereses económicos y sociales») que prácticamente se confunden con los intereses de la comunidad. Pero, evidentemente, no parece mantenible con seriedad que la función de un sindicato o de un colegio profesional o de una asociación patronal sea la persecución de esa especie de omnicomprensivo «bien común» a cuyo logro tendería la famosa defensa y promoción de los intereses económicos y sociales.

Esta desmesurada latitud de los intereses que el artículo 7.°, Informe del Anteproyecto, confiaba a la acción del sindicato (y del colegio profesional; y de la asociación patronal) contrastaba en el propio Informe al Anteproyecto (art. 27, 2) con la realista limitación de fines que se asignaba a la huelga:

> «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses» (se entiende: intereses en cuanto tales trabajadores).

4. En el curso del debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados (Diario de Sesiones del Congreso, núm. 67, 16 de mayo de 1978), el Grupo Socialista intentó configurar la misión del sindicato con una fórmula paralela a la utilizada para reconocer el derecho de huelga. En tal sentido, el diputado señor Peces-Barba planteó «in voce» lo que él llamaba una «enmienda terminológica», a cuyo tenor el artículo 7.° habría de decir:

> «Los sindicatos de trabajadores, las organizaciones profesionales y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de sus intereses» (suprimiéndose la expresión «económicos y sociales»).

Lo cual venía a significar que los sindicatos contribuyen (nuevamente la inevitable pregunta: ¿con quién?) a defender y promover sus propios intereses (se entiende: en tanto sindicatos). A decir verdad tampoco esta enmienda «in voce» arrojaba demasiada luz sobre la misión típica del sindicato, aunque despejaba con toda intención la posibilidad de defender y promover intereses diversos de los socio-económicos; dicho claramente, la posibilidad de hacer valer intereses estrictamente políticos.

Desde otro punto de vista, el diputado socialista señor Barón Crespo apuntalaba la conveniencia de suprimir la expresión «económicos y sociales», en cuanto referida a los intereses protegibles por los sindicatos y las restantes organizaciones profesionales y patronales, con un argumento no desdeñable: el de que la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales no es misión que sirva para delimitar la naturaleza del sindicato y demás organizaciones aludidas en el artículo 7.°, entre otras cosas porque los partidos políticos, de los que habla el artículo 6.° del Anteproyecto, «también tienen a su cargo la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales», como puntualizó el diputado señor Barón.

Por supuesto, la enmienda de este diputado conjugaba la petición de supresión de la expresión «económicos y sociales» con la postulación de que se hablase, a secas, de **sus** intereses, por entender «que es mucho más claro dejar delimitado el campo de actuación de sindicatos, de colegios y organizaciones profesionales y de organizaciones empresariales, a la defensa de sus intereses propios específicos».

En resumidas cuentas, la enmienda del Grupo Socialista tenía una doble virtualidad: primero, afrontar con criterio realista y sin idealizaciones la función, diríamos que **egoísta**, de sindicatos y demás organizaciones a que se refiere el artículo 7.°, cuya misión no es la defensa de los intereses generales de la sociedad sino la de los suyos propios; y segundo, no restringir con adjetivación alguna la amplitud de esos intereses propios, que podrían así desbordar los límites de lo económico y social, contribuyendo, según el propio señor Barón, a «una ruptura mucho más clara con el corporativismo pasado».

Mientras que el diputado señor Alzaga Villamil (UCD) hacía suya la enmienda «in voce» del Grupo Socialista, el señor Fraga Iribarne (Alianza Popular) la rechazaba, prefiriendo la redacción de la Ponencia, por entender que los sindicatos y demás organizaciones defienden «no sólo los intereses que les son propios, sino en general». Junto a esta interpretación **altruista** de la función del sindicato, defendía el señor Fraga el mantenimiento de la dicción «intereses económicos y sociales», argumentando que su supresión «sí que era corporativismo y sería atribuirles otras representaciones posibles» (se refería seguramente a representaciones políticas). Hacía finalmente el señor Fraga una observación terminológica: «Decir que contribuyen (los sindicatos y demás organizaciones) a la defensa de sus intereses propios sería una tautología; no contribuyen, es lo que defienden».

* * *

Junto a este debate en torno a la naturaleza de los intereses defendibles y promovibles por los sindicatos, se alinea en las sesiones del Congreso una relevante discusión sobre la procedencia o improcedencia de que el tema de la misión de los sindicatos de trabajadores sea objeto de tratamiento indiscriminado conjuntamente con otras organizaciones no sindicales.

En tal sentido, el diputado señor Alzaga defendió una enmienda presentada «in voce» por el señor Herrero R. de Miñón (UCD), calificada de «pura-

mente formal», y consistente en comenzar el texto del artículo 7.º con las palabras «Los sindicatos de trabajadores, los Colegios y las restantes organizaciones profesionales...», etc. «Se trata —explicaba el señor Alzaga la enmienda— pura y simplemente de recoger el clamor y la preocupación que hemos registrado de una serie importante de colegios profesionales que se consideran con la tradición y la tutela suficiente para ser citados en este primer inciso de este artículo.»

Respondiendo al señor Alzaga, el señor Peces-Barba accedía a la cita **expresis verbis** de los Colegios, si bien proponiendo una inversión en el orden de la frase que debería pasar a decir:

> «Los sindicatos de trabajadores, las asociaciones empresariales y los colegios y demás organizaciones profesionales contribuyen a la defensa...», etc.

El señor Alzaga admitió la fórmula del diputado socialista, retirando su enmienda. La redacción aceptada, sin llegar a excluir del frontispicio de la Constitución a organizaciones que, en rigor, deberían haber recibido (y finalmente recibieron) un tratamiento independiente del de los sindicatos de trabajadores y las asociaciones de empresarios, establecía sutilmente, en lo que a primera vista era sólo una reordenación terminológica, una frontera entre el fenómeno sindical (sindicatos de trabajadores y asociaciones de empresarios) y los «colegios y demás organizaciones profesionales»; la partícula **y**, colocada entre «los sindicatos de trabajadores, las asociaciones empresariales» y «los colegios y demás organizaciones profesionales», determinaba que la nota de profesionalidad quedase atribuida exclusivamente a los colegios y demás organizaciones. Subrepticiamente, la misión del sindicato y de la asociación patronal escapaba al marco de los puros intereses profesionales; dicho claramente: con una inocente conjunción se abría una cierta viabilidad para una interpretación favorable a la acción política del sindicato (y de la asociación empresarial).

Tal posibilidad interpretativa, que acaso ni siquiera estuvo en el ánimo del proponente de la enmienda, se desvaneció cuando el diputado señor Roca, en nombre de la Ponencia, leyó el texto que había de ser aprobado por unanimidad, «intentando recoger las distintas enmiendas presentadas en voz»:

> «Los sindicatos de trabajadores, las asociaciones profesionales (*), los Colegios y demás organizaciones profesionales, contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.»

Tal vez sin advertirlo, la redacción definitiva del artículo 7.º eliminaba la conjunción y interpuesta entre dos bloques delimitados de organizaciones (las de trabajadores y las de empresarios por un lado; las «profesionales» por otro), y teñía con el calificativo de profesional a todos los entes enu-

---

(*) Así se lee en la pág. 2.374 del D. S. del Congreso, núm. 67. Obviamente, quiere decir «asociaciones empresariales».

merados en el precepto, inclusión hecha de los sindicatos y organizaciones patronales.

En definitiva, prosperaba una solución de compromiso en la que no tenían cabida propuestas como las del diputado señor Martín Toval (Socialistas de Cataluña) que se oponía tanto a la constitucionalización de las organizaciones profesionales como de las empresariales, por entender que se equiparaban con ello tipos de organizaciones diversos asignándoles idéntica misión. Anudando su argumentación con el tema de los intereses defendidos y promovidos por el sindicato, incidía el señor Martín Toval en el argumento socialista: «es claro que se parte de la idea de que nos encontramos en una España abstracta en la que hay intereses económicos y sociales de orden general defendibles por todas estas organizaciones de procedencia evidentemente diversa y dispar, y que los defienden todos al unísono y conjuntamente». La que hemos llamado tesis de los intereses **egoístas** aparece con claridad en la intervención del mismo diputado: los sindicatos de trabajadores y las asociaciones patronales defienden «intereses económicos y sociales suyos, de los de cada uno, y diferentes y contrapuestos (llámesele o no a esto lucha de clases)».

Explicando su voto —afirmativo por lo demás— el diputado comunista señor Solé Turá manifestaba su reserva ante la inclusión de los Colegios profesionales en el artículo 7.º, «porque abre un camino a una especie de entrada masiva del espíritu corporativo en el texto constitucional». Explicando el del Grupo Socialista, el señor Barón Crespo aducía la «búsqueda del consenso» como razón del voto positivo.

5. El Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Anteproyecto de Constitución (Boletín Oficial de las Cortes, núm. 121, de 1 de julio de 1978) hacía suyo literalmente el texto de la Ponencia, en su versión última en la que se recogían enmiendas «in voce», tal como consta en la lectura, ya aludida, del diputado señor Roca.

6. El Texto del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (Boletín Oficial de las Cortes, núm. 135, de 24 de julio de 1978) reproducía también el texto dictaminado del artículo 7.º, sin variación alguna.

• • •

7. La Comisión de Constitución del Senado tuvo ocasión de debatir el texto del artículo 7.º del Proyecto aprobado por el Congreso, en su sesión del día 22 de agosto de 1978 (Diario de Sesiones del Senado, número 41). En esta ocasión los debates se centraron en la oportunidad o inoportunidad de constitucionalizar, juntamente con sindicatos y asociaciones patronales, a organizaciones profesionales e incluso a ciertas entidades cívicas.

La inclusión en el artículo 7.º del Proyecto de los Colegios profesionales fue calificada de «defecto importante» por el senador socialista señor Sainz de Baranda, postulando una regulación por separado en la que se distinguiesen debidamente las peculiaridades propias de los Colegios (a saber: su condición de corporaciones de derecho público, la obligatoriedad de

adscripción para ejercer las correspondientes profesiones y la exclusividad territorial).

En similar línea de razonamiento, el señor Pedrol Ríus (Grupo Mixto) propuso una regulación independiente de los Colegios, con el fin básico de asegurar la obligatoriedad de afiliación, principio antípoda del de libertad de adscripción al sindicato.

Igualmente, el senador señor Villar Arregui (Progresistas y Socialistas Independientes) consideró la inclusión de la mención a los Colegios y demás organizaciones profesionales como «desafortunada, porque no rigen, respecto de ellos, los principios o criterios de libertad en su creación y en su adscripción que se predican en relación con los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales». En consecuencia, propuso la eliminación de tal mención del artículo 7.°, trasladándola, no a un segundo párrafo del mismo artículo como pretendía el Grupo Socialista, sino a un posible artículo 33 bis, en línea con la propuesta del señor Pedrol.

La postura del Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes fue acogida por el señor Pérez Puga (UCD), y puesta a votación resultó aprobada por unanimidad, en lo referente a la supresión de la alusión a «Colegios y demás organizaciones profesionales», lo que era tanto como la consagración de la diversidad de funciones que estos entes asumen frente a los sindicatos y asociaciones patronales.

De acuerdo con la enmienda del señor Pedrol Ríus, se acordó incluir un nuevo artículo —el 32 bis— disponiendo la regulación por ley de las «peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales».

8. La Sesión Plenaria del Senado del 26 de septiembre de 1978 (Diario de Sesiones, núm. 59) aprobó el texto del Dictamen por 176 votos a favor, ninguno en contra y 10 abstenciones.

* * *

9. El mismo texto era hecho suyo sucesivamente por el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre el Proyecto de Constitución (B. O. de las Cortes, núm. 70, de 28 de octubre de 1978), y por los Plenos del Senado y el Congreso en sesiones de 31 de octubre de 1978, en las que se aprobó tal Proyecto.

En definitiva, el artículo 7.° del Proyecto de Constitución aprobado por ambas Cámaras en sesiones plenarias, sometido a referéndum de la Nación por Real Decreto 2.560/1978, de 3 de noviembre (B. O. E. del 6), objeto de dicho referéndum el 6 de diciembre de 1978, reza así:

«Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.»

El texto definitivo del precepto debe su configuración a las modificaciones introducidas en el Informe de la Ponencia al Anteproyecto en el

curso del debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso (a instancia precisamente de la Ponencia) y en la Comisión de Constitución del Senado.

Por su parte, las referencias a los Colegios Profesionales y a las «organizaciones profesionales» han quedado, en el texto definitivo de la Constitución, segregadas del precepto relativo a los sindicatos y asociaciones patronales, y llevadas a dos artículos independientes; a saber:

> Art. 36: «La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos.»
>
> Art. 52: «La ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.»

II. CONVENIOS Y CONFLICTOS COLECTIVOS SEGUN EL DEBATE CONSTITUCIONAL

1. En el «borrador» inicial del texto constitucional se incluía un artículo —el 35— en el que se proclamaban derechos laborales básicos; ese mismo precepto contenía dos disposiciones sobre convenios y conflictos colectivos de trabajo:

> a) El artículo 35, 2, establecía que «la legislación laboral regula los contratos de trabajo individuales y colectivos...».
>
> b) El artículo 35, 2, atribuía a los poderes públicos la obligación de «reconocer los derechos de negociación colectiva y de huelga».

Los textos no eran muy afortunados; el primero mantenía la arcaica equivocidad —en otro tiempo explicable; hoy no— entre convenios colectivos y contratos de grupo; el segundo eludía la vía recta del reconocimiento constitucional de los derechos de huelga y negociación colectiva, y utilizaba el camino indirecto de encomendar a los «poderes públicos» tal reconocimiento, lo que, si algo significaba, era que tales derechos hubieran precisado de un acto legislativo adicional para poder nacer.

2. El Anteproyecto de Constitución (B. O. de las Cortes, núm. 44, de 5 de enero de 1978) reordenaba la materia, con criterios más depurados, en sus artículos 31 y 32, 2.

El artículo 31 del anteproyecto ofrecía una visión sistemática de los derechos sindicales —o si se prefiere, «colectivos»— básicos:

> a) El artículo 31, 1, comenzaba reconociendo que «todos tienen derecho a sindicarse libremente», frase que tomaba literalmente del artículo 35, 4, del «borrador», y a la que seguía el siguiente texto: «La ley podrá excluir o limitar el ejercicio de este derecho para determinadas categorías de servidores del Estado. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos

a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.»

b) Inmediatamente después de trazar los grandes principios de la libertad sindical, el artículo 31,2, pasaba a ocuparse del tema de los convenios colectivos: «La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes sindicales de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.»

c) Como último eslabón sistemático de su construcción, el redactor del Anteproyecto procedía al reconocimiento del derecho de huelga: el artículo 31,3, establecía que «se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley regulará el ejercicio de este derecho que no podrá atentar al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

Completando esta regulación, el artículo 32,2, del Anteproyecto introducía la declaración de que «el empresario tiene derecho a establecer las condiciones de empleo de acuerdo con criterios de productividad y a adoptar medidas de conflicto colectivo, sin perjuicio de las limitaciones expresas que al ejercicio de estos derechos pueda establecer la ley».

De esta densa regulación cabía extraer las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar, la evidente sindicalización de la negociación colectiva y, hasta cierto punto, del derecho de huelga. El convenio colectivo contemplado en el Anteproyecto era el celebrado entre «los representantes **sindicales** de los trabajadores y empresarios», lo que excluía radicalmente la negociación colectiva al margen de los sindicatos organizados. Por lo que se refiere al derecho de huelga, aunque el Anteproyecto lo atribuía a los **trabajadores** y no a los sindicatos, no puede considerarse casual la ubicación sistemática del correspondiente precepto, tras los párrafos destinados a regular el derecho de sindicación y el de negociación colectiva.

b) Mientras que el artículo 31,3, del Anteproyecto reconocía directamente el derecho de huelga, encomendando a la ley la mera regulación de su ejercicio, el artículo 31,2, atribuía vagamente a la ley la función de garantizar el derecho a la negociación colectiva, con lo que, evidentemente, no era la propia Constitución la que asumía tal garantía.

c) La negociación colectiva se adjetivaba intencionadamente como **laboral**, con lo que seguramente quería circunscribirse su objeto a las condiciones de trabajo. Expresamente se destacaba la «fuerza vinculante» de los convenios, expresión que, aún antes de promulgarse la Constitución, venía resultando ampliamente polémica; para unos, aludiría a la eficacia normativa del convenio y sólo a esto, mientras que para otros significaría el reconocimiento de la relación obligacional entre los pactantes y la eventual admisión de un deber de paz entre ellos.

d) En congruencia con la elección de una negociación colectiva estrictamente **laboral**, el artículo 31,3, del Anteproyecto asignaba a la huelga la defensa de los intereses de los trabajadores, en cuanto tales trabajadores, dejando a salvo la preeminencia del interés de la comunidad al funcionamiento de los servicios esenciales sobre tales intereses de los trabajadores.

e) Por último, el artículo 32, 2, intentaba incluir subrepticiamente, yuxtaponiéndolo a otro derecho y dándole una confusa denominación («adoptar medidas de conflicto colectivo»), lo que básicamente no parecía ser otra cosa que el derecho de cierre patronal.

3. El Informe de la Ponencia al Anteproyecto de Constitución (B. O. de las Cortes, núm. 82, del 17 de abril de 1978) reproducía el contenido del artículo 31 del citado Anteproyecto, si bien rompiendo su unidad sistemática. El artículo 31, 1, del Anteproyecto pasaba a ser artículo 27, 1, del Informe; el 31, 2, quedaba convertido en 33, 3, y el 31, 3, pasaba a ser artículo 27, 2. De este modo, la impregnación sindical de la negociación colectiva daba un primer y tímido paso hacia su debilitación, mientras que el derecho de sindicación y el de huelga mantenían su inmediación sistemática en el texto. (Conviene decir, entre paréntesis, que el párrafo relativo al derecho de negociación colectiva tuvo el voto en contra del Grupo Socialista, y el referente a derecho de huelga el voto en contra de socialistas, comunistas y minoría catalana; por su parte, UCD votó contra la inclusión de este derecho en la Sección 1.ª (del Título I, Capítulo II).

Finalmente, el artículo 34, 2, del Informe procedió a dar nueva redacción al artículo 32, 2, del Anteproyecto, que quedó formulado en estos términos:

> «Los empresarios tienen derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, sin perjuicio de las limitaciones expresas que al ejercicio de este derecho pueda establecer la ley. Este derecho no podrá atentar, en su ejercicio, al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.»

Sin dejar de conectar este derecho patronal con el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 34, 1, del Informe), la nueva redacción del precepto prescindía de ingenuos encubrimientos, eliminando la inoportuna mezcla de este derecho con cuestiones perfectamente ajenas a él (el establecimiento de condiciones de empleo con criterios de productividad a que se refería el Anteproyecto). Introduciendo un significativo paralelismo con la ordenación de la huelga, lo que evidenciaba el propósito de estar aludiendo al cierre patronal, se incluía la cláusula de respeto de los servicios esenciales de la comunidad. En fin, se remitía a la ley la **posibilidad** —sólo esto— de establecer limitaciones al ejercicio de este derecho.

4. En el curso del debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, el artículo 27 del Informe fue aprobado por unanimidad; el artículo 33 se aprobó según la propuesta conjunta de los seis grupos parlamentarios, suprimiéndose el apartado 3 (relativo a la negociación colectiva) que iría a formar un nuevo artículo 33 bis, y sacando del artículo 34 el párrafo 2 (sobre medidas patronales de conflicto colectivo).

5. El Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas (B. O. de las Cortes, núm. 121, de 1 de julio de 1978) fijó en los siguientes términos el contenido de los preceptos analizados:

Por una parte, el artículo 26 se ocupaba sucesivamente del derecho de libre sindicación y del de huelga, en los siguientes términos:

> «1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho de fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.
> 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.»

Si bien la ubicación sistemática del precepto sobre derecho de huelga permitiría abogar por la tesis de la sindicalización de tal derecho, lo cierto es que éste se atribuye claramente a «los trabajadores» (no a los sindicatos ni a los representantes sindicales). En principio, la huelga queda así abierta a la acción extrasindical emprendida por un grupo de trabajadores. En esa misma línea de desindicalización se mueve el artículo 33, 1, en el que el Dictamen de la Comisión introdujo una muy importante modificación en la ordenación de los convenios colectivos, permitiendo que éstos fueran negociados por los «representantes de los trabajadores y empresarios», y no necesariamente por los «representantes **sindicales** de los trabajadores y empresarios» como rezaba el Anteproyecto.

Por último, el espinoso tema del cierre patronal, más o menos disimulado en las ambiguas redacciones anteriores, era objeto de un nuevo intento de encubrimiento en el Dictamen, que, para oscurecer aún más las ya difusas redacciones anteriores, atribuía la titularidad del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo no sólo a los empresarios (como tales redacciones venían estableciendo) sino también a los trabajadores:

> «Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.»

Tal cambio en el sujeto del derecho puede ser incluso interpretado como un cambio cualitativo en el propio contenido del derecho; cuando éste iba referido en exclusiva al empresario, nadie dudaba de que se estaba aludiendo eufemísticamente al cierre patronal. Pero, ¿a qué puede referirse tal derecho predicado simultáneamente de trabajadores y empresarios? Siendo la huelga objeto de regulación específica en otro precepto, es evidente que no puede incluirse entre las «medidas de conflicto colectivo» en el sentido del Dictamen; tales medidas apuntarán, pues, en otro sentido, que, con toda probabilidad, será el de los procedimientos de conciliación, mediación o arbitraje. El derecho de trabajadores y empresarios iría referido, pues, a la iniciación de tales procedimientos. ¿Y qué lugar —cabe

pregu..ar— tendría en este circunscrito marco el posible recurso al cierre patronal? La ambigüedad del texto es notoria; hay en él un patente temor a aludir directamente al «lock-out», seguramente porque su omisión era una de las condiciones necesarias del **consenso**, pero al mismo tiempo no hay decisión para adoptar una redacción clara en la que quede evidenciada la no constitucionalización del cierre patronal. Expresamente, es cierto que el «lock-out» no aparece en la Constitución, ¿pero qué significado cabe atribuir a las medidas de conflicto colectivo que adopte el empresario, y respecto de las cuales el legislador constituyente se ve en la necesidad de hacer la salvedad de que la ley establecerá las garantías precisas para asegurar los servicios esenciales de la comunidad? ¿Acaso las llamadas medidas pacíficas de composición del conflicto —mediación, arbitraje, etcétera— tienen la virtualidad de repercutir en el funcionamiento de tales servicios? Por otra parte, no puede dejarse pasar un hecho significativo a efectos interpretativos: la fórmula de respeto del funcionamiento de los servicios esenciales es literalmente la misma que se incluye al regular el derecho de huelga. No sin razón, parlamentarios de signo ideológico contrapuesto coincidieron en advertir —unos con temor, otros con complacencia— que la oscura redacción del Dictamen sólo tenía una finalidad: la de permitir encubiertamente el amparo constitucional al «lock-out».

6. Durante la discusión del Dictamen de Proyecto constitucional en el Congreso de los Diputados (11 de julio de 1978, Diario de Sesiones, número 107), el debate parlamentario se centró en el precepto (art. 26, 2) dedicado al reconocimiento del derecho de huelga.

El diputado señor Jarabo Payá (AP), tras anticipar su criterio de «defender sin reservas el derecho a la huelga de los trabajadores», entendida como última ratio, expresó su «deseo de no incluir en una legitimación constitucional las llamadas huelgas políticas». Tras una larga cita de textos de Derecho comparado, el señor Jarabo manifestó su «temor de que con la actual redacción de este artículo (el 26, 2) alguna norma legal de indiscutible importancia, como puede ser el Real Decreto... de 4 de marzo de 1977, podría ser declarado inconstitucional». En virtud de estas y otras razones, el diputado de AP proponía la adopción de una nueva redacción del artículo y párrafo citados:

> «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses laborales. La ley regulará su ejercicio, garantizando la plena libertad de decisión del trabajador para el uso de tal derecho, que podrá ser limitado por razones de seguridad nacional, de intereses o servicios esenciales de la comunidad.»

Agotando un turno en contra de la enmienda del señor Jarabo, el diputado socialista señor Saavedra Acevedo alegó, en defensa del texto del Dictamen, que «si ignorásemos las huelgas políticas... probablemente estaríamos ignorando gran parte de la historia política y sindical de Europa de las últimas décadas», citando como ejemplos la huelga general francesa de mayo del 68 y las huelgas españolas de solidaridad de 1970.

Para explicación de voto, tras la aprobación del texto dictaminado con 256 votos a favor, 3 en contra y 14 abstenciones, el señor Fraga Iribarne (AP) indicó que su grupo pretendía «una afirmación concreta de que los intereses que pueden defenderse por medio de la huelga son los laborales o profesionales», alegando que el derecho de huelga es «una legítima institución al servicio de toda la comunidad, como una parte de los derechos de contrapeso que deben existir en una sociedad pluralista», repudiando «las reiteradas apelaciones a una Constitución de clase o que apoya a una clase».

También para explicación de voto, el señor Herrero y R. de Miñón (UCD) aseguró que la redacción dada al ya aprobado artículo 26, 2, ofrecía una «solución válida para todos». Frente a «la apología de la huelga indiscriminada, incluso de la huelga política que ha defendido el representante del Partido Socialista», el señor Herrero afirmaba que «la huelga política es una forma larvada de guerra civil». Respecto de los límites internos del derecho de huelga, el diputado de UCD manifestaba que la polémica expresión del artículo 26, 2, «sus intereses» va referida a «intereses económicos y profesionales, como reiteradamente ha señalado la O. I. T.», conclusión a la que llegaba también trayendo a colación el artículo 7.° del propio texto dictaminado, en que se refiere la acción de los sindicatos a la promoción de «los intereses económicos y sociales que **son propios** a los trabajadores».

Explicando el voto de su grupo, el señor Solé Turá (comunista), tras de afirmar que «el artículo 26 dice exactamente lo que dice y no dice nada más», aclaró que «los intereses de los trabajadores, aunque parezca una redundancia y una perogrullada, son sus intereses. Es decir, los intereses de una clase social fundamental...». «No entendemos —concluyó el diputado señor Solé— los intereses de los trabajadores desde un punto de vista estrictamente corporativo económico, sino en todo lo que les pueda afectar; y, en consecuencia, el derecho de huelga tendrá la latitud misma de este concepto de interés.»

* * *

La segunda cuestión que atrajo la atención del debate constitucional en la sesión del Congreso del día 11 de julio de 1978 fue la relativa al «derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo», reconocido en el artículo 33, 2, del texto dictaminado.

El diputado señor Valle Menéndez (AP) comenzó recordando el criterio de su grupo de conectar en un mismo artículo la libertad de empresa y «el derecho del empresario para adoptar conflicto colectivo», y propuso a continuación una nueva redacción al artículo 33, 2:

> «Se reconoce el derecho empresarial a la defensa de su actividad. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.»

El señor Valle denunció, en fin, el texto dictaminado: «estos textos del Anteproyecto han sufrido una metamorfosis en atención al consenso y al

logro de una neutralidad que ha desembocado en una redacción inocua, demasiado vaga».

Manteniendo un turno en contra, el diputado señor Garí Mir (UCD) dijo, tras considerar al convenio colectivo como «importante instrumento de paz social», que «al reconocer el derecho de adoptar medidas de conflicto colectivo, nuestra Constitución hace, una vez más, profesión de fe democrática propugnando y asumiendo el pacto continuado como generador del equilibrio social».

El diputado señor Camacho Abad (Grupo Comunista) explicó la abstención de su grupo en la votación del artículo 33, 2 —la misma actitud fue observada por el Grupo Socialista— aludiendo al «lock-out» y afirmando que «si bien ahí no está explícito en la Constitución, es algo que es ambiguo».

(En la votación del texto del Dictamen el apartado 1 del artículo 33 obtuvo 140 votos a favor, uno en contra y 148 abstenciones.)

7. El Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (B. O. de las Cortes, núm. 135, de 24 de julio de 1978) reproducía el texto de los artículos 26 y 33 del texto dictaminado, sin modificación alguna. En conclusión, el derecho de sindicación quedaba atribuido a «todos» (con las limitaciones y excepciones que **pueda** fijar la ley en cuanto a cuerpos sometidos a disciplina militar y con las peculiaridades que respecto de los funcionarios públicos **debe** fijar la ley), el derecho de huelga se predicaba de los «trabajadores», el derecho de negociar colectivamente se atribuía a «los representantes de los trabajadores y empresarios», y por último, el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo se reconocía a «trabajadores y empresarios».

8. En el seno de la Comisión de Constitución del Senado fueron ampliamente debatidos los artículos 26 y 33 del Proyecto constitucional, sin que se derivara del debate ninguna modificación en los textos.

Respecto del artículo 26, la enmienda más relevante desde el punto de vista jurídico-laboral fue presentada por el senador señor Gamboa. El texto, restrictivo respecto del Proyecto del Congreso, que proponía para el párrafo 1.º de dicho artículo, era el siguiente:

> «El Estado garantiza el derecho a la libre sindicación de todos los españoles, excepto a los miembros de las fuerzas o institutos armados y demás cuerpos sometidos a disciplina militar, y regulará por ley las limitaciones y peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos y el personal civil al servicio de la Administración militar...»

El alcance de la enmienda era claro: de un lado, suprimía el derecho de sindicación de los miembros de cuerpos armados (derecho reconocido en el Proyecto del Congreso, aunque sometido a posibles limitaciones o excepciones), y de otro preveía el establecimiento de peculiaridades —pero también de «limitaciones» desconocidas en el Proyecto— en cuanto a la sindicación no sólo de funcionarios públicos sino incluso del «personal civil al servicio de la Administración militar», fórmula que no figuraba en el proyecto y con la que se pretendía establecer una restricción al derecho

de sindicación de los trabajadores asalariados dependientes de establecimientos militares.

El mismo tratamiento del «personal civil de la Administración militar» fue defendido en su enmienda por el señor Pérez Puga (UCD) invocando la necesidad de «neutralizar políticamente a las Fuerzas Armadas y a las sometidas a la disciplina militar», argumeno similar al empleado por el señor Matutes Juan (AP) al proponer la exclusión de las Fuerzas Armadas del derecho de sindicación: el apoliticismo y neutralidad política que deben observar dichas Fuerzas pugna con las «especiales vinculaciones existentes entre las grandes centrales sindicales y determinados partidos políticos».

Desde otro punto de vista, el señor Satrústegui (PSI), invocando los artículos 5.° y 6.° de la Carta Social Europea, proponía, por una parte, incluir expresamente a los empresarios como sujetos del derecho de libertad sindical, alegando que «sería un desprecio a los empresarios el no mencionar su derecho a asociarse»; y por otra parte, suprimir el párrafo 2 del artículo 26 (relativo al derecho de huelga), y trasladarlo al artículo 33 para conectarlo —de nuevo invocando la Carta Social Europea— con el derecho a la negociación colectiva, de acuerdo con esta redacción, tomada de la propia carta:

> «Art. 33, 2. Se reconoce el derecho de trabajadores y empresarios a acciones colectivas en caso de conflictos de intereses, incluido el derecho de huelga, condicionado a las obligaciones que pudieran resultar de los convenios colectivos en vigor», etc.

El cambio de ubicación —y de redacción— de este texto obedecía según el enmendante al deseo de conjurar «la impresión de que aquí se está constitucionalizando el derecho a la huelga política».

El senador real señor Olarra defendió por su parte «que los representantes laborales elegidos proporcionalmente al peso específico, a la representatividad y al prestigio que tengan dentro de cada empresa, tengan iguales garantías sin que tengan que estar necesariamente afiliados a ningún sindicato o detentar un determinado matiz ideológico»; con ello «se trata de obtener garantías complementarias para que los sindicatos no se transformen en auténticos órganos de presión para la misma clase a la que dicen defender».

Puestas a votación, y rechazadas, las distintas enmiendas, fue aprobado el texto del Proyecto por 10 votos a favor, con 13 abstenciones.

En cuanto al segundo párrafo del artículo 26, su discusión en la Comisión de Constitución del Senado dio lugar a que se perfilaran nítidamente dos concepciones contrapuestas de la huelga.

De un lado, el senador de UCD señor Royo-Villanova, manteniendo en este punto una posición distinta de la de su Grupo, denunciaba como absurdo «redactar un artículo ambiguo que se presta a dos interpretaciones tan diametralmente opuestas por quienes lo han confeccionado», y propuso que se aclarase si se admitía o no la huelga política. El senador de UCD, tras exponer su concepto de huelga —un «recurso de equilibrio social», «hasta esencial para el buen funcionamiento de las relaciones laborales»— argu-

mentó la inadmisibilidad de la huelga política apoyándose en la Carta Social Europea (art. 6) y en numerosas decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT en los que el derecho de huelga se conecta con la defensa de intereses profesionales. Siguiendo **expresis verbis** la clasificación del profesor Martín Valverde, el señor Royo-Villanova criticó «el modelo polivalente, o huelga política», que «significaba, sin más, la legalización de la lucha de clases, aunque sea por medios pacíficos; significa la anulación o mediatización de las instituciones de la democracia política (partidos políticos, elecciones generales, Cortes y Gobierno)...». En conclusión, el senador de UCD postulaba que el texto constitucional refiriese el derecho de huelga a la defensa de los intereses **profesionales** de los trabajadores.

En línea de mayor severidad crítica, el senador real señor Olarra partió de un rechazo genérico de la huelga («la huelga en sí supone un hecho que no beneficia a la sociedad, al disminuir el nivel de producción del país»), para adherirse a la tesis de que «la huelga tiene que ser la ratio última a la que hay que recurrir, cuando las demás instancias han fracasado ya». «Nos parece muy sospechoso —argumentó el senador real— el querer mantener como norma de rango constitucional el derecho a la huelga por razones que no sean estrictamente profesionales. Es sospechoso y antidemocrático porque proporciona a determinados grupos políticos, que no pueden conseguir la mayoría en las urnas, una auténtica arma de presión para imponerse a esa mayoría utilizando la paralización de la estructura productiva del país...»

En una posición de defensa del texto del Proyecto, que quería ser conciliadora, el senador señor Pérez Puga (UCD) manifestó que la huelga es ante todo «un hecho sociológico»; que el texto constitucional no es el lugar adecuado para distinguir entre las huelgas ilegales y «esa otra huelga legítima, esa otra huelga profesional»; que el artículo 26, 2, había de ser interpretado «a la luz del artículo 7.°, en donde se habla de la libertad de constituir asociaciones sindicales y también empresariales para la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios»; que «al hablar de la defensa de sus intereses, se da por sentado que sus intereses son los económicos y sociales, también llamados, quizá mejor, profesionales»; que, en fin, en el texto del Proyecto «no se constitucionaliza la huelga política» pues «tal y como están establecidos estos preceptos se refieren a la huelga profesional».

Tras una breve intervención del señor Olarra («yo me pregunto... si verdaderamente contemplamos la huelga por motivos puramente profesionales, qué razón puede haber para que el término "profesionales" no se incluya en el artículo o en el párrafo...») el senador señor Villar Arregui (PSI) aportó un argumento jurídico en contra de la admisibilidad de la huelga revolucionaria en el marco constitucional: «el texto, recientemente aprobado por esta Cámara, mediante el cual se adicionó al artículo 10 del Proyecto de Constitución elaborado por el Congreso un número 2 con arreglo al cual cuantos derechos y libertades fundamentales se consagran, se reconocen o se garantizan en el Proyecto de Constitución han de ser inter-

pretados a la luz de la Declaración universal de los Derechos del Hombre y de los demás acuerdos o tratados ratificados por España en materia de derechos humanos».

Citando al senador señor Pérez Puga, el señor Vida Soria (Grupo Socialista) afirmó que la huelga «es un hecho» y que «esté o no en la Constitución, se va a ejercer», por lo que prevenía contra el intento de «mantener un texto constitucional que vaya a ser violado sistemáticamente». Arguyendo contra el senador real señor Olarra, el senador socialista razonó: «Dice el señor Olarra: si la palabra **profesionales** no aporta nada, ¿por qué no la ponemos? Yo digo: si no aporta nada, ¿por qué la metemos?» La concepción del senador socialista sobre la huelga quedaba expresada del siguiente modo: «La constitucionalización del derecho de huelga es una enorme concesión que la clase obrera hace a la burguesía, una vez que admite y propugna su integración en el ordenamiento jurídico», «a sabiendas de que de esa manera el ejercicio de su derecho a la huelga va a estar limitado por el conjunto del ordenamiento jurídico.»

En su intervención por alusiones, el señor Olarra insistió en que la no inclusión de la palabra «profesionales» lleva consigo o detrás de sí alguna razón última».

El senador señor Satrústegui manifestó que «es absolutamente necesario que se aclare que la huelga política no está constitucionalizada» y formuló diversas consideraciones en favor del reconocimiento del «lock-out», al que se opuso el señor Vida, alegando que «el cierre patronal no puede ser comparado ni siquiera mecánicamente con el derecho a la huelga».

Rechazadas todas las enmiendas, se aprobó por unanimidad el texto del artículo 26, apartado 2, remitido por el Congreso.

En cuanto al artículo 33 del Proyecto de Constitución, el señor Bandrés Molet comenzó manifestando que al ser la expresión conflicto colectivo un «nombre vergonzante con el cual hemos estado ocultando la palabra huelga», debiera desterrarse del párrafo 2 del artículo 33; «lo que ocurre —añadía el señor Bandrés— es que pensamos que tras esta terminología se está ocultando no ya la huelga, que ya está constitucionalizada, repito, en el número 2 del artículo 26, sino el "lock-out" o cierre patronal». El señor Bajo Fanlo opinaba que el texto constitucional (art. 33, 2) «recoge exclusivamente un procedimiento arbitral», añadiendo un juicio de reserva: «lo que no tiene absolutamente ningún sentido, porque esta figura no implica el cese de la actividad laboral, es que se agregue el último párrafo del apartado 2, que dice que la ley incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad, porque, efectivamente, al no existir cese de actividad laboral, no puede existir tampoco un mal funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad, so pena de que, como decía el señor Bandrés, lo que se pretende es meter gato por liebre y constitucionalizar la figura del "lock-out"».

El senador señor Satrústegui, reaccionando contra la sensación «de que es vergonzoso defender el cierre patronal», proponía una redacción completa de los dos apartados del artículo 33, basándose en el artículo 6.º de la Carta Social Europea.

«1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. Asimismo favorecerá la institución y utilización de procedimientos apropiados de conciliación y de arbitraje voluntario para la solución de los conflictos de trabajo.

2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a acciones colectivas en caso de conflictos de intereses, incluido el derecho de huelga, condicionado a las obligaciones que pudieran resultar de los convenios colectivos en vigor. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales en una sociedad democrática».

El señor Pérez Puga expresó su convencimiento de que las medidas de conflicto colectivo referidas en el artículo 33, 2, aludían a «fórmulas de composición... que seguramente impidan o eviten la proliferación de huelgas o de situaciones de cierre patronal», invocando una vez más el artículo 6.° de la Carta Social.

Frente a la enmienda del señor Satrústegui, el señor Monreal Zía alegó que, de admitirla, «pasaríamos a ser uno de los pocos países que constitucionalice la huelga patronal».

Rechazadas las diversas enmiendas, fueron aprobados el párrafo 1.° (por unanimidad, con 25 votos) y el párrafo 2.° (22 a favor, 2 en contra, una abstención) del artículo 33.

8. El Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado (fechado en 14 de septiembre de 1978, y publicado en el B. O. de las Cortes, núm. 157) mantuvo, al no haber sido admitida ninguna de las enmiendas propuestas, el texto íntegro del Proyecto elaborado por el Pleno del Congreso. En el mismo Boletín de las Cortes citado se publicó la relación de votos particulares al Dictamen.

La única novedad que éste introdujo respecto del Proyecto del Congreso fue el cambio de numeración de los artículos: el 26 pasó a ser 28, y el 33 se convirtió en 37.

10. En el curso de la Sesión Plenaria del Senado (D. S., núm. 61, de 28 de septiembre de 1978) se repitieron, con ocasión de la defensa de votos particulares, los argumentos que habían constituido el eje del debate en la Comisión de Constitución del propio Senado.

El señor Satrústegui modificó «in voce» su propia enmienda, en el sentido de refundir en el artículo 28, el 28 y el 37, en los términos en que previamente él había propuesto redactar ambos artículos. Expresamente insistió en su oposición al «derecho individual de huelga», que «significaría la constitucionalización de la huelga salvaje». El señor Vida Soria replicó que «el derecho de huelga es individual en toda Europa, y así lo reconocen los Tribunales Supremos y los Tribunales constitucionales de toda Europa», si bien es «un derecho individual que se ejerce colectivamente»; aseguró no conocer «ninguna legislación en Europa que vaya contra la huelga salvaje», e insistió en su «desacuerdo con constitucionalizar el "lock-out"».

El señor Monreal Zía defendió la supresión de la frase «nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato» (art. 28, 1) por entender que «puede anular las tendencias espontáneas hacia la sindicación total».

Los senadores señores Gamboa, Vida y Matute expusieron sus respectivos puntos de vista sobre el tema de la sindicación del personal civil no funcionario al servicio de la Administración militar. El señor Alonso Novo (Grupo Socialista) manifestó que su Grupo pensaba votar favorablemente el Dictamen de la Comisión «por cuanto reconoce dos derechos irrestrictos de la clase trabajadora: el libre derecho de sindicación y el derecho de huelga...». Con razonamiento insistentemente repetido por su Grupo, el señor Alonso Novo señalaba que «reclamamos el derecho de huelga porque es una realidad; la huelga está en la calle, en los tajos, en las fábricas y en nuestra geografía».

El senador señor Alonso Pérez (PSI), al mantener su voto particular contra el artículo 28, 2, manifestaba que «la cláusula del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad como límite al ejercicio del derecho a la huelga se abre a todo tipo de interpretaciones y su mantenimiento no excluye la hipótesis de una regulación legal del derecho a la huelga que llegue a impedir en la práctica el ejercicio de tal derecho», y proponía matizar el texto con una fórmula según la cual habrían de prevenirse y reducirse los perjuicios que el ejercicio de la huelga pudiera «ocasionar en el funcionamiento de los servicios públicos en una sociedad democrática».

El señor Royo-Villanova insistió en la necesidad de cualificar como «profesionales» los intereses defendidos mediante el ejercicio del derecho de huelga, y manifestó su rechazo a la huelga política, «instrumento de la lucha de clases». Comentando el argumento de un parlamentario socialista de que «restringir los denominados conceptos de huelga política no sirve de nada ante la realidad social, que rebasa siempre los límites que ponen las leyes», el señor Royo-Villanova lo calificó de «argumento curioso para oirlo en un Parlamento democrático», procedente de un partido «que sostiene... la movilización de masas en la calle como contrapunto de la política parlamentaria». Replicando, el socialista señor Vida afirmó que la huelga política es «un concepto jurídico indeterminado», «que nadie sabe lo que es una huelga política», de donde surge «la gran confusión»; para dejar claro su pensamiento, el señor Vida Soria afirmó: «¡La huelga revolucionaria! Si un día se puede hacer se hará, y desde luego, contra esa no vale la Constitución ni nada.»

El señor Monge Recalde (UCD) defendió el mantenimiento de la cláusula que prohibe la obligatoriedad de sindicación, «porque ya tenemos una historia clara de adonde nos ha llevado ese sindicato obligatorio»; en cuanto a la superfluidad de calificar como profesionales los intereses defendidos por la huelga, indicó que con el texto dictaminado «en modo alguno hemos constitucionalizado la huelga política», como se desprende de la interpretación conjunta del artículo 28, del 37, 2, y del 7.º, donde se dice que las asociaciones sindicales pretenden la defensa y promoción de intereses económicos y sociales, y dado que «la huelga es una de las más típicas actividades de las asociaciones sindicales». Finalmente, el señor Monge afirmó, tras de reconocer la dificultad de definir los diversos tipos de huelgas en la Constitución, que la ley que regule el derecho de huelga «deberá excluir esa supuesta huelga política», y que en todo caso el legislador deberá acu-

dir, como criterios interpretativos, a los acuerdos y decisiones internacionales, a cuyo tenor la huelga ha de perseguir fines profesionales. Retirados algunos votos particulares —el del señor Royo-Villanova y el del señor Satrústegui— fueron puestos a votación, resultando rechazados los restantes. Puesto a votación el texto del artículo 28, fue aprobado por 165 votos a favor y 2 en contra, con 12 abstenciones.

En el curso del debate del artículo 37, el senador señor Monreal Zía comenzó preguntándose: «¿Qué es lo que se constitucionaliza con la expresión "conflicto colectivo"?». A su juicio, «hoy, fundamentalmente, se entiende como un procedimiento arbitral para dirimir conflictos»; «... lo que está claro es que esta figura no implica el cese de la actividad laboral y, sin embargo, hay un segundo párrafo dentro de este apartado que indica que la ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad. Es decir, que late en el ánimo del legislador la misma preocupación que cuando se regulaba el derecho de huelga en el artículo 28». De acuerdo con su punto de partida, razonaba el señor Monreal que «si en el concepto presente legislativo de "conflicto colectivo" no existe cese de la actividad laboral, no hay por qué tomar las medidas precautorias que se adoptan cuando éste se produce». Pero si se toman, y «si no se alude a la huelga, porque ya está consignada en otro precepto, ¿se cuela a través de esta vía indirecta el "lock-out"?». Prosiguiendo su razonamiento, añadía que «una lectura del texto induce a pensar que el poder constituyente prepara en bandeja al Tribunal Constitucional todos los elementos para dar entrada al cierre patronal en nuestro ordenamiento jurídico». Para evitar esta constitucionalización del cierre patronal, el señor Monreal concluía solicitando la supresión del apartado 2 del artículo 37. El senador señor Pérez Puga manifestó ciertas reticencias sobre la tesis de la ausencia de correlación entre la huelga y el «lock-out», pronunciándose en favor del mantenimiento del párrafo 2 del artículo 37, aunque «sin entrar a definir en este momento si nos parece esto bien o no nos parece bien», sino «por principio, porque consideramos que alguna fórmula de composición tiene que existir».

Manifestando una vez más las divergencias interpretativas sobre el tema, el senador socialista señor Vida se declaró favorable al texto debatido por entender que «aquí no está ni puede estar incluido el cierre patronal», cuyo lugar sistemático sería el artículo 28. «El artículo 37 —continuó el señor Vida— lo que ha hecho ha sido constitucionalizar lo que llamamos la autonomía colectiva», instituyendo unos medios de solución de conflictos: «la conciliación, la mediación y el arbitraje». La última referencia del artículo 37, 2, al establecimiento por ley de las garantías para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad sólo sería aplicable, según el señor Vida, «cuando una solución autonómica del conflicto vaya acompañada de una huelga, no de un "lock-out" en absoluto, porque no está reconocido en la Constitución».

Votados y rechazados los votos particulares, se sometió a votación el

texto del Dictamen del artículo 37, que fue aprobado por 159 votos a favor, con dos abstenciones.

• • •

11. Tras el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre el Proyecto Constitucional (B. O. de las Cortes, núm. 70, de 28 de octubre de 1978), y tras la aprobación de éste por los Plenos del Congreso y el Senado (sesiones de 31 de octubre de 1978), el texto definitivo del Proyecto de Constitución, sometido a referéndum por Real Decreto 2.560/1978, de 3 de noviembre, y objeto de dicho referéndum el día 6 de diciembre de 1978, dice así:

> **Art. 28.** 1. «Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas e Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.
>
> 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.»
>
> **Art. 37.** «1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.
>
> 2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.»

XI

REGULACION DE LA HUELGA EN LA CONSTITUCION

ANTONIO MARTIN VALVERDE
Catedrático Numerario de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca

I. EL ARTICULO 28, 2, DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

La referencia más expresa y directa a la regulación de la huelga en la Constitución española de 1978 se encuentra, como se sabe, en el artículo 28, 2, que reconoce el «derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses», remitiendo a una futura ley orgánica la determinación de las garantías precisas para que su ejercicio no atente al «mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Este pasaje contiene ya algunas claves interpretativas del régimen jurídico de la huelga, no decisivas, por supuesto, pero que han de ser tenidas muy en cuenta en el momento presente de reflexión inicial sobre el nuevo texto.

Lo primero que llama la atención en este orden de consideraciones es la expresión elegida —«derecho a la huelga» y no «derecho de huelga»— para sintetizar el tratamiento normativo del fenómeno. Esta fórmula es, desde luego, completamente extraña a nuestros usos lingüísticos: ni se emplea en el lenguaje ordinario o en los escritos sindicales, donde lo que encontramos es la reivindicación clásica del «derecho de huelga»; ni se emplea tampoco en las escasas ocasiones en que este tipo de tratamiento comparece en el lenguaje normativo, donde se acude también a la fórmula tradicional. ¿Qué puede significar, entonces, este cambio terminológico? ¿Qué diferencia de matiz puede existir en el caso de los derechos subjetivos entre «derecho a» y «derecho de»? La respuesta a estas cuestiones no es nada segura. No obstante, parece conveniente indicar que el abandono de la expresión usual tiene una connotación (o, al menos, una «resonancia») reductiva. Intentando ir al fondo del análisis semántico, probablemente no resulta lo mismo «derecho de huelga» que «derecho a la huelga» porque una y otra son expresiones elípticas en las que se suprime la mención del verbo, y los verbos que parecen aludidos aportan una mayor carga

de protagonismo personal, y quizá también de inexistencia de trabas externas en «derecho de huelga» (derecho de hacer huelga, derecho de recurrir a la huelga) que en «derecho a la huelga» (derecho a participar en la huelga). Claro está, no conviene en ningún caso exagerar el alcance de esta variación. Su papel en la práctica interpretativa, si alguno, habrá de ser, al menos en lo que se puede apreciar ahora, muy marginal.

Un segundo pasaje del artículo 28, 2, en el que vale la pena reparar es el que se refiere a la titularidad y a la función del «derecho a la huelga», reconocido como «derecho de los trabajadores» con la finalidad de hacer efectiva «la defensa de sus intereses». Estas expresiones son tan genéricas que parecen abiertas a todas las opciones interpretativas posibles. Ahora bien, con arreglo a la lógica y a la pragmática del lenguaje normativo, una de ellas, muy importante, ha de ser excluida: la restricción de la titularidad del derecho de huelga a los sindicatos (es decir, a los trabajadores asociados), incompatible con la universalidad del reconocimiento del mismo en un texto constitucional que consagra, en el mismo artículo, la libertad sindical negativa (esto es, la libertad de mantenerse al margen de las asociaciones sindicales).

También conviene llamar la atención en este pasaje sobre la amplitud de la fórmula constitucional que delimita la función del derecho de huelga. En efecto, se habla de la defensa de los intereses de los trabajadores, sin añadir calificativos (ni siquiera los muy genéricos del artículo 7 del propio texto constitucional), y sin distinguir, por tanto, categorías especiales dentro de estos intereses (profesionales, económicos, laborales, sociales, etc.). Esta amplitud del texto ha de dificultar, evidentemente, las interpretaciones restrictivas. (Como consecuencia de modificaciones de redacción introducidas en la fase de discusión del texto, un argumento adicional sobre la extensión de la función del derecho de huelga ha de tenerse presente: el artículo 37, que se abre con la referencia al derecho a la negociación colectiva, insiste, por alusión, en el derecho de huelga, al hablar en su párrafo segundo del derecho de trabajadores y empresarios a adoptar «medidas de conflicto colectivo»; habida cuenta de que la mención expresa y solemne del derecho de huelga se opera en un ámbito más amplio, la concepción restrictiva de éste como institución conexa de la negociación colectiva no resulta aceptable.)

De todas maneras (y salvo lo que se acaba de decir sobre la inadmisibilidad de la dependencia institucional del derecho de huelga respecto de la negociación colectiva) es sumamente probable que el factor decisivo en este aspecto de la regulación no lo sea tanto el análisis del lenguaje como la visión de la sociedad (y del entrecruzamiento de intereses en el seno de la misma) con la que el intérprete se enfrente al fenómeno del conflicto obrero.

La limitación del «ejercicio» del derecho de huelga por el interés de la comunidad al «mantenimiento de los servicios esenciales» es el pasaje final del artículo 28, 2. Interesa destacar al respecto —aparte de la importancia de la concreción legal o jurisprudencial de un concepto tan elástico como el de «servicios esenciales»— que la ponderación de ese interés

de la comunidad no significa la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en dichos servicios, sino sólo, aunque no necesariamente, una limitación de su ejercicio; y que, además, la medida de esta limitación habrá de corresponder estrictamente, con un criterio de interpretación gramatical, a la exigencia del «mantenimiento» de los mismos y no de su funcionamiento normal.

El último aspecto del artículo 28, 2, que vamos a considerar es, justamente, el de su colocación sistemática (Sección 1.ª del Capítulo segundo del Título I de la Constitución) en una sección que lleva como rótulo general «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas». Esta colocación supone, como se sabe, una protección judicial doble y reforzada (artículo 53, 2: reclamación ante los tribunales ordinarios «por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad», y «recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional»), y la aplicación al mismo de las garantías de la «reserva de ley» (art. 53, 1). Y supone, además, lo que no carece de importancia hermenéutica, atribuir al derecho de huelga el rango de «derecho fundamental».

II. EL CONTEXTO NORMATIVO DEL ARTICULO 28, 2, DE LA CONSTITUCION: ¿DERECHO DE HUELGA O LIBERTAD DE HUELGA?

En los desarrollos anteriores han sido marcados, de manera más o menos explícita, los tres ejes principales en torno a los cuales va a girar la práctica interpretativa sobre el derecho de huelga a partir de la Constitución: la fórmula del artículo 28, 2, la anunciada ley de regulación del ejercicio del mismo, y el decisionismo judicial en la elección de las múltiples opciones interpretativas abiertas (hoy, y en el futuro previsible) en la materia. Sin embargo, para la elaboración doctrinal habrá que considerar también el conjunto de preceptos constitucionales que, de una manera implícita o indirecta, se refieren al conflicto obrero, al sistema económico, a la posición legal de los trabajadores, y a la orientación de la actividad de los poderes públicos. Esta búsqueda de los elementos sistemáticos de la interpretación constitucional ha de tener a corto plazo, salvo en cuestiones muy concretas, una importancia práctica secundaria, habida cuenta de la escasa propensión a la utilización de este tipo de criterios interpretativos por parte de los jueces españoles, más proclives a argumentos lexicológicos o de valoración de intereses. Su trascendencia, en cambio, es muy grande tanto para el debate ideológico, con los efectos retardados que éste puede tener en la propia práctica interpretativa, como para la apreciación crítica del modelo normativo subyacente en el texto constitucional.

Uno de los elementos del conjunto constitucional que contribuye de una manera más clara a precisar el alcance del derecho de huelga reconocido en el artículo 28, 2, es el precepto contenido en el artículo 37, 2, que consagra el derecho de trabajadores y empresarios a «adoptar medidas de conflicto colectivo» con una regulación muy similar a la prevista para el derecho de huelga: previsión para el futuro de una ley reguladora, y limita-

ción de ejercicio en atención a los «servicios esenciales de la comunidad». La inspiración aparente de este esquema de regulación —que contaría con un antecedente autóctono en la regulación del conflicto obrero en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931— está en la doctrina jurisprudencial alemana de la **Kampfparität** o **Waffengleichheit**, la cual postula, como se sabe, un tratamiento normativo igualitario, o al menos similar, para la huelga y el cierre patronal, en contra de la línea constitucional de los países latinos de prohibir el segundo o reducir considerablemente el campo de su licitud. Ahora bien, conviene señalar que la equiparación huelga-cierre patronal no es, ni mucho menos, segura en la nueva Constitución española. Aquélla es objeto de una mención expresa sin relación con la negociación colectiva (art. 28, 2) y de otra alusión conectada con la misma por su colocación en el mismo artículo (art. 37); el **lock-out**, en cambio, no es mencionado nominativamente, y la única posible (aunque no probable) referencia al mismo se encontraría en este precepto que estamos considerando.

En caso de que prosperara en la práctica interpretativa, la importancia doctrinal de este aparente «injerto» germánico en la Constitución española no puede minimizarse. De un lado, supondría incorporar alguno de los principales ingredientes del modelo pluralista de relaciones laborales —aplicación a las mismas de la idea de poderes compensadores, aceptación del presupuesto de la equiparabilidad sustancial de los «competidores» en el mercado de trabajo—, con lo que ello significa de difuminación ideológica de la desigualdad de la posición de las clases en la estructura social. Pero, por otra parte, significaría, si prevalece (repetimos) esta interpretación en la línea de la doctrina de la **Kampfparität**, al rehusar la defensa de la huelga frente a un arma empresarial prevista exclusivamente para enervar su eficacia, el rebajamiento de su protección normativa a un nivel en el que seguramente ya no puede hablarse de un derecho de huelga propiamente dicho. En efecto, si huelga y **lock-out** se aproximan en tratamiento normativo, disfrutando de ventajas jurídicas parecidas, lo correcto hubiera sido suprimir la expresión «derecho a la huelga» (y derecho al cierre), empleando en su lugar la de libertad de huelga (y libertad de cierre), situadas en el escalón inferior de tutela legal, y correspondientes a un modelo distinto de regulación del conflicto obrero. En suma, hablar de derecho de huelga cuando falta una protección del mismo frente al cierre patronal sería una concesión injustificada a la función retórica del lenguaje normativo. Este exceso retórico es posible, en principio, pero no se puede dar por supuesto.

Otros pasajes de la Constitución que, en principio, tienen poco que ver con el derecho de huelga pero que pueden ser utilizados para la restricción del mismo, son el artículo 35, 1, en el punto que se refiere al derecho al trabajo, y el artículo 38 que reconoce la «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», y que garantiza la «defensa de la productividad» por los poderes públicos. En efecto, no parece difícil que este último precepto sea utilizado, bien para apoyar una orientación restrictiva de la futura regulación legal de la materia, bien para conseguir una jurisprudencia limitativa del derecho de huelga. Sin embargo, en correcto análisis normativo, estas utilizaciones carecen de un fundamento mínimamente

sólido. La «defensa de la productividad» en función de «las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación» no puede significar unilateralmente limitación de los derechos de los trabajadores. Una de dos: o se acepta que este criterio sólo impone a los poderes públicos la adopción de medidas clásicas (indirectas) de fomento de conductas o actuaciones productivistas, y ésta es con seguridad la interpretación más adecuada en el marco de una Constitución como la presente de clara inspiración neoliberal; o ha de permitirse que las limitaciones de la actividad de los particulares derivadas de la defensa de la productividad afecten también de una manera directa a las propias decisiones empresariales —incorporación de nuevas tecnologías, organización de los procesos productivos, asignación de recursos e inversiones— mucho más influyentes, sin duda, que la de los trabajadores en la consecución de niveles satisfactorios de productividad. Porque, como es sabido, las pérdidas de productividad derivadas de la huelga son muy inferiores, en contra de lo que pretenden hacer creer determinadas campañas de «intoxicación» ideológica, a las de cualquiera otro de los distintos factores de disminución de la misma controlados total o parcialmente por los empresarios o por la clase capitalista en su conjunto —paralización de las inversiones, evasión de capitales, despilfarros productivos y defectos de gestión, deficiente situación preventiva, etc.

En lo que respecta al derecho al trabajo, la potencialidad restrictiva está, como es fácil imaginar, en su eventual función de apoyo a una legislación de represión específica de los piquetes de huelga, o a una normativa de favorecimiento o de no obstaculización de la contratación de trabajadores sustitutos de los huelguistas. Si el entendimiento de esta fórmula constitucional no puede ir por la vía de una obligación pública de crear todos los puestos de trabajo precisos para atender a la demanda de empleo existente —vía incompatible con la opción por el modelo de «economía de mercado»— no tiene nada de particular que el encuadramiento sistemático del precepto dé lugar en algún caso a la inversión interpretativa del derecho al trabajo que acabamos de señalar, consumando así una auténtica adulteración de su significación genuina. En nuestra opinión, este resultado interpretativo no es, en ningún caso, de recibo: acoger la formulación de una reivindicación progresista (la aspiración a la seguridad en el empleo), y llenaría de un contenido de signo contrario (la disolución de la solidaridad obrera en el supuesto de huelga) es otro abuso del lenguaje normativo que no debe pasar por el tamiz de las reglas más elementales de la hermenéutica jurídica. Pero seguramente no está de más, en el momento de arranque del debate sobre el contenido de la Constitución, advertir de este peligro, que, como ha puesto de relieve Mancini, se ha cernido también sobre otros ordenamientos.

Por último, para completar el cuadro de las referencias indirectas a la huelga en el texto constitucional, habría que contemplar el artículo 55, que la incluye, junto también con el cierre patronal, entre los derechos que «podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción». El tratamiento que sobre este punto acaba de ofrecer Däubler

en ponencia precedente hace superfluas o reiterativas las consideraciones que íbamos a desarrollar en torno al mismo. A lo dicho en esa ponencia, por consiguiente, remitimos.

III. LA REGULACION DE LA HUELGA Y LAS CLAUSULAS GENERALES DE LA CONSTITUCION

Los dos cláusulas generales de la Constitución que pueden tener influencia en el discurso doctrinal y (quizás a medio o largo plazo) en la práctica interpretativa sobre el derecho de huelga, son la cláusula de «Estado social» (art. 1.°, 1) y la cláusula de efectividad de los valores de libertad e igualdad (art. 9.°, 2). La identificación del origen de una y otra es bien fácil: la cláusula de «Estado social» está inspirada en la declaración del artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn; en cuanto al artículo 9.°, 2, es evidente que en su redacción se ha tenido muy en cuenta el artículo 3.°, 2, de la Constitución italiana, bien es verdad que eliminando todas las connotaciones clasistas de este último. A continuación vamos a examinar en qué medida pueden incidir una y otra cláusula, como ocurrió en sus respectivas fuentes de inspiración, en el discurso sobre el derecho de huelga.

La expresión «Estado social» fue utilizada en la República Federal Alemana, tanto en la discusión constitucional como en el debate doctrinal posterior, en dos acepciones bien diferentes, abiertas ambas en el propio texto de la ley fundamental. Según una primera acepción, que enlazaba con la tradición tuitiva del Estado germánico, «Estado social» significaba Estado que intervenía en la vida económica y social para garantizar a los ciudadanos un mínimo vital. Según una segunda acepción, cuyo origen histórico se localiza en la República de Weimar, «Estado social» quiere decir democratización (además de la vida política) de las relaciones sociales esenciales, mediante la limitación de la propiedad privada de medios de producción, y la garantía de los instrumentos colectivos de autotutela de los trabajadores. En su primera acepción, la cláusula de Estado social gira en una órbita distinta del derecho de huelga, siendo indiferente para la configuración del mismo. En su segunda acepción, en cambio, la cláusula de Estado social potencia considerablemente el derecho de huelga, concebido como uno de los instrumentos básicos de la democracia económica.

¿Podría reproducirse, sin más, este discurso en relación con la Constitución española? O, dicho de manera más concreta, ¿es viable en la situación normativa y doctrinal española una defensa de la acepción «fuerte» de la expresión «Estado social»? La respuesta no debe ser quizá tajantemente negativa, pero tampoco parece que las posibilidades de este planteamiento sean muy elevadas. Bien es verdad que «Estado social y democrático de derecho», que es la fórmula completa del artículo 1.°, 1, tiene en nuestro país, para una cierta corriente doctrinal, una significación relativamente próxima a la de «Estado social» de la tradición weimariana. Pero no es menos cierto que a este argumento en favor cabe oponer los siguientes en contra: 1) El calificativo «social» presenta probablemente mayores

contaminaciones semánticas en nuestro lenguaje normativo y en nuestra retórica política que en los de otros países; 2) El modelo económico de la Constitución española es un modelo cerrado, cosa que no ocurre, como se dijo, con la Ley Fundamental de Bonn; 3) La propia regulación constitucional de la huelga desmiente, según hemos visto, la existencia de un trato nítido de favor de la misma en relación con los medios de presión empresarial; y 4) La doctrina casi unánime entiende «Estado social» en el sentido «débil» de Estado responsable de la procura de existencia (**Daseinvorsorge**) de todos los ciudadanos.

En cuanto a la cláusula de efectividad de la igualdad de los individuos y los grupos, su valor en la configuración del derecho de huelga es, ciertamente, mucho más clara. Si se parte de la base, empíricamente demostrable, de que la huelga ha sido y sigue siendo un instrumento de gran eficacia en la lucha contra los privilegios y desigualdades sociales, es evidente que la lógica del artículo 9.°, 2, lleva al favorecimiento normativo del derecho de huelga. Buena parte del cuerpo doctrinal existente en Italia en torno al artículo 3.°, 2, de la Constitución sería, a la vista de lo anterior, utilizable en el discurso sobre la Constitución española. Ahora bien, ésta ha creado tales garantías de defensa del orden económico capitalista que parece difícil engranar la potencialidad transformadora del artículo 9.°, 2, con otras instituciones y mecanismos constitucionales. Por ello no parece aventurado predecir que la cláusula de efectividad va a tener, entre nosotros, una eficacia bastante más modesta. De todas maneras, y refiriéndonos concretamente a su empleo en relación con el derecho de huelga, ha de pensarse en el artículo 9.°, 2, como elemento interpretativo de las limitaciones o restricciones injustificadas al mismo que, probablemente, se intentarán sobre la base del derecho al trabajo (art. 35, 1) o de la defensa de la productividad (art. 38).

IV. EL «CONSENSO» CONSTITUCIONAL SOBRE LA REGULACION DEL DERECHO DE HUELGA

Una vez señalados el contenido y los problemas interpretativos de la regulación constitucional del derecho de huelga, estamos en condiciones de abordar de una manera más solvente el análisis político de la misma, el cual ha de girar naturalmente en esta fase de alumbramiento constitucional en torno a las siguientes preguntas: ¿Qué formaciones políticas han dejado una huella más clara en dicha regulación? ¿Cuál es el punto de acuerdo entre las distintas fuerzas parlamentarias en el régimen constitucional de la huelga? ¿Cuáles han sido los instrumentos, además de la transacción o compromiso de pretensiones contradictorias, utilizados para conseguir dicho «consenso»?

Para la primera cuestión la respuesta es fácil: la fórmula constitucional del derecho de huelga y el entorno normativo de la misma no responden a una influencia unilateral. Si en alguna ocasión la fachada del «consenso» ha encubierto la aceptación de imposiciones provenientes de quienes poseen

una cuota mayor de poder «fáctico» o «institucional», en el caso del derecho de huelga hay que reconocer que no ha sido así. Las fórmulas adoptadas traslucen un compromiso entre representaciones políticas de distinto signo en el que unas y otras han debido transigir de sus posiciones de principio. Ciertamente la derecha parlamentaria, incluso en sus fracciones sinceramente democráticas, no hubiera aceptado **motu proplo** un reconocimiento tan nítido del derecho de huelga, o, al menos, lo habría rodeado de otras limitaciones directas, además de la del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Por su parte, es claro que la izquierda ha cedido en esta materia posiciones importantes —nos referimos, sobre todo, al tratamiento ambiguo del derecho de los empresarios «a adoptar medidas de conflicto colectivo», y a la previsión de suspensión del derecho de huelga en los estados de excepción y de sitio—, lo que puede constituir un serio obstáculo a su tarea histórica más inmediata de reconstrucción y consolidación de la democracia política y de las organizaciones del movimiento obrero.

Pero, en todo caso, la apreciación del «consenso» constitucional sobre el derecho de huelga (y la afirmación es válida, desde luego, para el tratamiento constitucional de otras muchas cuestiones) no es posible ateniéndose exclusivamente a las transacciones o compromisos plasmados en el texto, ya que éste, por exigencias o conveniencias fácilmente comprensibles, suele limitarse a fórmulas de principio o a declaraciones generales, cuya concreción depende de otras instancias normativas. En efecto, el texto constitucional no refleja una transacción política sobre todos los rasgos esenciales de la regulación de la huelga, sino sólo un acuerdo limitado sobre algunos aspectos normativos parciales, complementado con otro de remisión a una legislación futura, cuyo contenido, lógicamente, dependerá de la correlación de fuerzas parlamentarias existente en el momento de su elaboración.

En suma, los principales ingredientes del «consenso» constitucional sobre el derecho de huelga son los dos siguientes: la regulación parcial plasmada en el texto, que traduce una transacción o compromiso entre las pretensiones divergentes de los distintos partidos del arco parlamentario; y la previsión de una ley futura sobre la materia, previsión en la que el ingrediente consensual estriba únicamente en la aceptación de una mayor movilidad normativa, dentro del marco genérico e incompleto del propio texto constitucional, habida cuenta de la posibilidad de formación de diferentes mayorías parlamentarias. Obviamente, lo que se cede por una y otra parte al dejar abiertas opciones diversas de legislación es que los niveles de protección o restricción legal del derecho de huelga sean diferentes en función de posibles cambios en la balanza actual de las fuerzas políticas. Claro está, tal movilidad normativa ha de funcionar, en su caso, dentro de los márgenes amplios pero no indefinidamente elásticos de la propia Constitución, advertencia sobre la que quizá no sea superfluo insistir ante las amenazas de «congelación» o «inaplicación» que, con unas u otras racionalizaciones técnicas, pueden cernirse sobre algunos aspectos de la misma.

Junto a los dos elementos expresos del «consenso» constitucional que acabamos de reseñar, habría que considerar, por último, un tercero, implícito, pero cuya trascendencia práctica no deja de ser por ello muy considerable. Nos referimos a la adopción de formulaciones lingüísticas ambivalentes sobre las que están acuñadas versiones o acepciones diferentes determinadas por la óptica «política» de quienes han de enfrentarse con las mismas. Es lo que pudiéramos llamar «consenso por elasticidad terminológica», en el que las fuerzas políticas remiten globalmente al debate doctrinal y a los intérpretes institucionales del derecho —en definitiva, a la instancia de regulación constituida por la jurisprudencia— la resolución de aspectos importantes de un conjunto normativo. En el tratamiento constitucional de la huelga este traspaso a la jurisprudencia de competencias de regulación es especialmente claro, como pusimos de relieve más arriba, en dos puntos: en la cláusula de Estado social, y en la indicación de la función del derecho de huelga en términos de defensa de los intereses de los trabajadores.

V. UNA PROSPECCION SOBRE EL FUTURO DE LA REGULACION DEL DERECHO DE HUELGA

Un pronóstico nada aventurado para el período transitorio entre la Constitución y la probable futura ley de huelga es la prolongación si no de la vigencia completa, sí al menos de los principales criterios normativos del Real Decreto-Ley de 4 de marzo de 1977. En favor de esta posibilidad juegan, ciertamente, la inercia interpretativa, el hábito de la magistratura española de contar con textos sobre la huelga dotados de un mínimo de detalle normativo, y la propia referencia en el mismo al derecho de huelga. Sin embargo, para nosotros, esta perspectiva no es ni deseable ni hermenéuticamente correcta. No es deseable porque se trata de una regulación donde el derecho de huelga se reconoce de una manera nominal pero no se garantiza efectivamente; una regulación, dicho con otras palabras, donde, claramente, cuenta más el efecto retórico o ideológico que el efecto de modificación en profundidad del cuadro legal preexistente. No es hermenéuticamente correcta porque el Real Decreto-Ley de 4 de marzo de 1977 es una típica norma de la transición política, diseñada para una coyuntura muy especial, y cuya virtualidad de institucionalización del conflicto obrero, bastante escasa en todo momento, se encuentra ya completamente agotada. Una conmoción del ordenamiento jurídico tan amplia como la que supone la presente Constitución democrática, debería dar lugar a una reflexión en profundidad sobre el papel de la huelga en un modelo democrático de relaciones laborales, y debería significar, en suma, una solución de continuidad con una regulación cuya única misión histórica ha sido la de empalmar el pasado con el presente.

En cuanto a la futura ley de regulación de la huelga, carece de sentido pronunciarse en abstracto. Si esta ley va a tener una orientación marcadamente restrictiva al borde o más allá de los márgenes constitucionales,

quizá lo mejor sea que, como el Proyecto **Rubinacci** en Italia, permanezca en el estante de los proyectos de ley que no consiguen progresar en el procedimiento de elaboración legislativa. El trabajo directo de la jurisprudencia sobre el texto constitucional tendría al menos la ventaja de la flexibilidad, y se evitaría el desgaste y el enrarecimiento del clima social que llevan consigo la aprobación y la puesta en práctica (más o menos efectiva) de las leyes laborales represivas o antisindicales. Si, por el contrario, la ley anunciada respeta el sentido profundo del principal núcleo constitucional en la materia —el reconocimiento del derecho de huelga como «derecho fundamental»— no hay motivos para la inquietud. La ausencia de legislación en la materia podrá ser preferible en otros países, pero seguramente no en el nuestro en este momento. Porque, por una parte, hay entre nosotros una cierta tradición de regulación legislativa en la materia. Porque, por otro lado, no hay razones para pensar que los criterios jurisprudenciales dominantes o mayoritarios sean menos conservadores que los del Parlamento. Y porque, por último, una ley equilibrada de regulación del derecho de huelga permitiría delimitar con nitidez las fronteras de las huelgas lícitas y las ilícitas, suprimiendo todos los vestigios y prolongaciones normativas de la legislación anterior que podrían seguir gravitando en el futuro sobre la regulación de la materia.

XII

CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO DEL TRABAJO

TOMAS SALA FRANCO
Agregado Numerario de Derecho del Trabajo
JUAN MANUEL RAMIREZ
Agregado Numerario de Derecho del Trabajo
IGNACIO ALBIOL MONTESINOS
Adjunto Numerario de Derecho del Trabajo
LUIS MIGUEL CAMPS RUIZ
Adjunto Numerario de Derecho del Trabajo
Universidad de Valencia

I. RASGOS PRINCIPALES DE LA CONSTITUCION DE 1978, EN LA REGULACION DEL TRABAJO Y DE LAS RELACIONES LABORALES

1. La presente ponencia trata de hacer una valoración global de la constitucionalización de una serie de derechos de los trabajadores y sus organizaciones, prestando especial atención al modo en que tales derechos vienen protegidos por la misma. Sin embargo, tal juicio no puede ser completo sin responder a una serie de preguntas referentes al contenido de otras ponencias y que aquí nos limitamos a sugerir.

2. En primer lugar, no se trata de una Constitución socialista ni de una Constitución totalitaria.

En efecto, no se trata, evidentemente, de una Constitución socialista y ni siquiera de una Constitución con suficiente arco de cobertura que permitiese el cambio de relaciones de producción dominantes. El artículo 38 es terminante en este punto al reconocer la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, pese a todos los recortes que en este mismo artículo y en otros complementarios (arts. 128 y ss.) se le hacen.

Tampoco se trata de un texto totalitario. La Constitución responde a una visión pluralista de la sociedad (arts. 1 y 6). Esta adhesión a concepciones pluralistas de la sociedad significa, en lo esencial, que «la organización social resulta de la aportación de grupos diversos, ninguno de los cuales

puede pretender representar en modo exclusivo los intereses generales de la colectividad» (Treu). Todos los intereses de los diversos grupos sociales (entre ellos, los de «las fuerzas del trabajo y las fuerzas del privilegio económico»), son reconocidos y protegidos. Ello supone también —y creemos que se trata de una importante diferencia frente a cualquier régimen de tipo fascista o corporativista autoritario—, que no hay ningún interés general abstracto y superpuesto a los diversos intereses sociales, sino que el interés general se forma mediante la libre dialéctica entre los diversos intereses de los grupos que integran el pluralismo social reconocido y amparado por la Constitución.

3. En segundo lugar, no es tampoco una Constitución liberal. El constituyente no ha pensado en una integración o composición de esos intereses contrapuestos en términos de automaticidad. Tal hipótesis liberal viene rechazada a lo largo del texto constitucional.

Por una parte, ciertos intereses —como el trabajo y el pleno empleo, la formación y promoción profesionales, el salario, la seguridad e higiene, el descanso, las vacaciones, etc., esto es, precisamente los intereses de los trabajadores subordinados— reciben una consideración especial por parte del legislador constituyente. Dicho de otro modo, a una determinada clase social se le reconoce constitucionalmente el derecho a una protección especial, comprometiéndose el Estado a una política de intervención activa en la transformación social, si bien, como veremos, en una «gradual transformación social». En este sentido el artículo 40 señala que «los poderes públicos fomentarán... velarán y garantizarán»...; el artículo 131 reconoce la planificación económica, el artículo 35, 2, habla de una ley que «regulará un estatuto de los trabajadores» y, con carácter general, el artículo 9, 2.º, establece que «corresponde a los poderes públicos promover..., remover... y facilitar».

Por otra parte, junto a estos derechos individuales se reconocen otros derechos colectivos o instrumentales a los trabajadores en cuanto grupo o clase social. Así, el derecho a organizarse libremente (arts. 7.º y 28, 1.º), el derecho a la negociación colectiva (art. 37, 3.º), el derecho a la participación en las empresas (art. 129, 2.º) y el derecho a la huelga (art. 28, 2.º). Son derechos —ha escrito Treu— de participación, que se reconocen a los trabajadores «como miembros de una clase y ejercitables típicamente en forma colectiva».

Ello supone que el Estado que, como decíamos, se compromete a una profunda transformación social (sobre cuyo significado profundizaremos luego, al hablar del art. 9, 2.º), se siente incapaz de llevar a cabo por sí solo esa labor, y para ello reconoce a los trabajadores una serie de derechos que precisamente les permita participar colectivamente en esa tarea, mediante el reconocimiento a la clase obrera de la posibilidad de autotutelarse colectivamente.

4. Se trata, al fin, de una Constitución de compromiso, de un pacto entre las principales fuerzas políticas presentes en la Asamblea Constituyente. De la Constitución española será posible decir lo que se dijo en su día de la italiana: «Levanta acta, de una parte, de la estructura capitalista de

las relaciones de producción y, de otra, se reconocen las exigencias de emancipación y elevación de las clases subalternas en tales relaciones de producción capitalistas» (Smuraglia). Por esa razón, la Constitución lleva dentro de sí principios opuestos, cuando no contradictorios.

Efectivamente, si bien el artículo 33 reconoce el derecho de propiedad privada y el artículo 38, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, actuando de límite final por la izquierda, en la interpretación progresiva del texto constitucional, no se trata de derechos absolutos sino limitados. Jurídicamente el reconocimiento de la propiedad privada o de la libertad de empresa, al tiempo que se reconoce su función social (art. 33, 2.º), significa que los poderes empresariales que el empresario ejercitaba por sí mismo en persecución de un propio interés legítimo pueden ser limitados en función de otros derechos sociales reconocidos por la Constitución. Por ejemplo, ello quiere decir que el actual sistema de autorización administrativa para el cierre sería inconstitucional, pero que la ley en el futuro podrá imponer límites al ejercicio de ese derecho: preaviso, negociación con los sindicatos, necesidad de justificar las causas ante un Tribunal, etc.

Lo importante es quien fija en cada momento, el lugar exacto donde deba situarse esa «frontera móvil» entre el derecho de propiedad y su función social. Naturalmente será el Parlamento, en función del equilibrio de fuerzas entre los distintos grupos quien lo decida. «La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes», dice el artículo 33, 2.º.

Por otra parte, además, el significado de los derechos individuales y colectivos apuntados resulta necesariamente iluminado por la que creemos norma básica constitucional: el artículo 9, 2.º.

Según este artículo, el Estado se compromete a que los ciudadanos (individualmente o como integrantes de grupos organizados, por ejemplo, los sindicatos) sean libres e iguales, pero no sólo formalmente sino sustancialmente, esto es, de una manera real y efectiva. Quiere ello decir que la Constitución reconoce que nuestra sociedad es una sociedad desigual, una sociedad de clases, en la que la igualdad formal ante la ley resulta contrastada por la desigualdad real de participación en la adopción de decisiones en todas las esferas de la vida social y, en último término, por una desigualdad de poder. Se trata de una cláusula constitucional con una clara función transformadora, que permite, sin romper la legalidad constitucional, avanzar en orden a hacer real y no ficticia esa permanencia del pueblo como sujeto de la soberanía, rechazando de esa forma el mantenimiento de los intereses de una particular clase social o grupo dirigente. Estas cláusulas permiten el avance hacia una sociedad democrática, superando el Estado liberal, sin romper la legalidad constitucional. Todo ello, no obstante, con un límite muy claro: mantener las relaciones de producción en el marco capitalista dominante.

Es cierto que el artículo 9, 2.º, del texto español y el correlativo artículo 3, 2.º, de la Constitución italiana no coinciden exactamente, por cuanto se sustituye en aquél la referencia concreta a los «trabajadores» por la de

«ciudadanos», en un claro intento de «liberalización» de la cuestión, prescindiendo de un planteamiento clasista del problema. Igualmente, el artículo 3, 2.°, de la Constitución italiana identifica expresamente la naturaleza «económica y social» de los obstáculos a la efectiva libertad e igualdad. No obstante ello, creemos que es posible deducir del citado artículo 9, 2.°, que la Constitución ha superado la concepción liberal formalista, estableciendo un régimen mixto («Estado social y democrático de derecho» lo denomina el artículo 1.°), en el que se reconoce una preeminente garantía a favor de las fuerzas del trabajo, dirigida no tanto a la instrumentación de un Estado de clase, cuanto a contrarrestar la existente dictadura de las fuerzas del privilegio económico.

El Estado se compromete, pues, no solamente a una labor protectora o tuitiva de la parte más débil en las relaciones económicas, reconociendo una serie de derechos sociales de carácter individual, como hicieron las primeras Constituciones sociales, sino que se compromete a modificar las relaciones de poder en la sociedad, a efectuar una redistribución del poder.

II. LA REDISTRIBUCION DE PODER EN LA CONSTITUCION DE 1978

1. ¿Hasta dónde llega el texto constitucional en esta redistribución del poder? En este punto incide con fuerza el carácter de compromiso político de la Constitución.

Así, por un lado, muchos de esos derechos son reconocidos con el carácter de programáticos por el propio texto constitucional. El artículo 53, 3.°, señala que los derechos reconocidos en el capítulo 3.° del título I —los denominados «principios rectores de la política económica y social— sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria mediante los procedimientos establecidos en las leyes que los desarrollen». Así pues, para ser alegados ante los Tribunales ordinarios necesitan: 1.°) que una ley los desarrolle y 2.°) que esta ley establezca un procedimiento para su alegación. Mientras no se desarrollen cumplirán funciones «informadoras» de la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos.

En esta situación se encuentran las referencias constitucionales a la política de pleno empleo y formación y readaptación profesionales, a la seguridad e higiene en el trabajo, al descanso, jornada laboral y vacaciones retribuidas (art. 40), a los derechos de los emigrantes (art. 42 y, en general, todos los derechos en materia de seguridad social (arts. 41, 43, 45, 49 y 50). Pese a su ubicación en el título VII (Economía y Hacienda), la participación de los trabajadores en las empresas posee igualmente carácter programático.

Existe, sin embargo, una tendencia a infravalorar el alcance de las normas constitucionales programáticas. Realmente, estas normas no son suficientes para postular con éxito una pretensión ante los Tribunales ni para obligar al legislador por medios jurídicos a que dicte normas de desarrollo; pero son algo más que un simple principio de interpretación de normas para el juez o que un mandato para el legislador no vinculante. En efecto,

aunque no pueda obligarse al legislador a dictar normas de desarrollo, éste está obligado a abstenerse de actuar en sentido contrario a la Constitución. Si los preceptos constitucionales programáticos —diríamos— no configuran para el legislador estrictamente obligaciones de hacer (sólo sanciones políticas), sí configuran plenamente obligaciones de no hacer, sirviendo de parámetros de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas legislativas de desarrollo tanto anteriores como posteriores, a través del recurso de inconstitucionalidad previsto en los artículos 159 y siguientes.

Problema distinto será el de valorar la constitucionalidad en el caso concreto debido: 1.º) a la ambigua dicción de estas normas constitucionales programáticas y 2.º) a la contraposición existente entre los intereses tutelados por la Constitución (arts. 9, 2.º, y 35, 1.º), que deberán actuar de criterios de interpretación de las mismas, lo que provocará, como ya vimos, una «frontera móvil» en la apreciación jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

2. Respecto a los restantes derechos reconocidos por la Constitución en materia laboral, tanto individual como colectiva, si bien son considerados preceptivos por la misma y, por ello, inmediatamente aplicables y alegables ante los tribunales ordinarios sin necesidad de desarrollo legislativo, es tal la ambigüedad de su contenido que permiten interpretaciones alternativas en muchos de sus puntos.

Del artículo 53 se deduce, efectivamente, que todos los derechos reconocidos en el capítulo 2.º del título I (la libertad sindical, el derecho a la huelga, el derecho a una remuneración suficiente, el derecho al trabajo, la libertad profesional, el derecho a la promoción social y el derecho a la negociación colectiva) son normas preceptivas dirigidas al juez: a) En primer lugar, en el párrafo primero se señala que tales derechos y libertades «vinculan a todos los poderes públicos» y, entre ellos, al poder judicial. b) En segundo lugar, la referencia a la ley que hace este mismo párrafo debe ser entendida como simple reserva de ley. En todo caso, se señala que tal ley «deberá respetar su contenido esencial», lo que permite suponer que el derecho reconocido por la Constitución posee aplicabilidad inmediata, aún antes de que sea regulado su ejercicio. c) Finalmente, el párrafo 3.º de este mismo artículo señala, distinguiendo sistemáticamente de una forma muy clara los derechos reconocidos en el capítulo 2.º de los regulados en el capítulo 3.º, y refiriéndose a estos últimos, su carácter de mandato al legislador y de principio interpretativo de normas. De esta manera, una mínima interpretación sistemática permite, a sensu contrario, concluir en la aplicación preceptiva e inmediata de los derechos establecidos en el capítulo 2.º, a los que se refiere el párrafo 1.º del artículo.

El artículo 53, en su párrafo 2.º, reconoce, además, aquellos derechos reconocidos en la sección 1.ª del capítulo 2.º —y, entre ellos, a la libertad sindical y al derecho a la huelga—, la posibilidad de que cualquier ciudadano recabe la tutela de los mismos ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional regulado en los artículos 154, 1, y 155.

De esta manera se prevén tres situaciones u órdenes de garantías en relación a los derechos reconocidos en la Constitución:

A) La situación más favorable corresponde a los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y en la sección 1.ª del capítulo 2.º (entre ellos, la libertad sindical y el derecho de huelga). Se trata de normas preceptivas, y por ende normas que reconocen derechos subjetivos exigibles ante los Tribunales ordinarios; pero, además, la protección de estos derechos y libertades se garantiza mediante el recurso de inconstitucionalidad previsto por el artículo 161, 1, a) (que están legitimados a interponer, según los casos, los sujetos previstos en los artículos 162 y 163) y por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional previsto en el artículo 161, 1, b); y, en último término, de nuevo ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento especial basado en principios de preferencia y sumariedad, que prevé el artículo 53, 2.º (lo que podría suponer, por ejemplo, un mecanismo similar al previsto por el artículo 28 del Estatuto italiano del 70 para reprimir la conducta antisindical).

B) La situación intermedia corresponde a los derechos reconocidos en la sección 2.ª del capítulo 2.º (entre ellos el derecho al trabajo, a la formación profesional, a una remuneración suficiente, a la no discriminación por razones de sexo, etc.). Se trata de normas preceptivas, que por tanto fundamentan pretensiones ante los Tribunales ordinarios, y que establecen derechos cuyo respecto se garantiza mediante el recurso de inconstitucionalidad (art. 161, 1, a).

C) La situación menos favorable corresponde a los derechos reconocidos en el capítulo 3.º. Son, en este caso, normas programáticas cuyo desarrollo resulta únicamente garantizado por el general recurso de inconstitucionalidad, pues sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria mediante los procedimientos establecidos en las leyes que los desarrollan (art. 53, 3.º). Pero insistimos en que su carácter de programáticas no debe impedir su utilización como criterio interpretativo (por cualquier Tribunal u órgano administrativo), ni la posibilidad de que el Trbunal Constitucional declare inconstitucional una norma que contradiga claramente las indicaciones programáticas dadas por la Constitución. Aunque, naturalmente, el carácter muy abstracto de las normas contenidas en el capítulo 3.º haga raro este último supuesto. El tenor liberal del último párrafo del artículo 53, 3.º, creemos que no niega ni la aplicación de los principios reconocidos en el capítulo 3.º con carácter de criterio interpretativo, ni su protección en los términos dichos por el Tribunal Constitucional, sino que solamente recalca su carácter de normas no preceptivas, que no fundamentan pretensiones directas ante los Tribunales ordinarios.

En fin, conviene recordar que la disposición final primera justifica la no aplicación por parte de cualquier Tribunal ordinario de las normas anteriores a la Constitución y que se opongan a lo establecido en la misma. Tratándose de normas derogadas ningún tribunal tiene por qué aplicarlas, incluso sin necesidad de previa declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

III. AMBIGÜEDADES NORMATIVAS EN LA CONSTITUCION

En cuanto a la ambigüedad de contenido de las normas consideradas como preceptivas por el texto constitucional, baste señalar, a título de ejemplo, las siguientes:

a) Respecto de la libertad sindical, quedan en pie las siguientes cuestiones: 1.ª) ¿Identifica autonomía colectiva con autonomía sindical o, lo que es lo mismo, admite únicamente el sindicato-asociación u ofrece, por el contrario, cobertura a otras formas de organización del movimiento obrero? 2.ª) ¿Se reconoce funcionalidad política al sindicato o se le reduce a una concepción organicista o corporativo-democrática? 3.ª) ¿Comprende la libertad sindical, y hasta qué punto, el derecho a la acción sindical en la empresa?

b) Respecto al derecho a la huelga: 1.ª) ¿Quién ostenta la titularidad del mismo? 2.ª) ¿Será constitucional la regulación por ley de los sujetos negociadores, el contenido, los niveles y el procedimiento de negociación? 3.ª) ¿Cuál es el significado que encierra la expresión constitucional «fuerza vinculante de los convenios», tanto en orden a su eficacia normativa «erga omnes» como con relación al deber de paz sindical? 4.ª) El derecho a la negociación colectiva laboral, ¿implica una obligación para el empresario de negociar cuando lo requieran los trabajadores?

d) Respecto del derecho al trabajo: 1.ª) ¿Se trata de una simple libertad o de un derecho social? 2.ª) En este último caso, ¿resulta ejercitable sólo frente al Estado o se trata de un derecho extensible también a nivel contractual frente al empresario, posibilitando, así, el establecimiento de un imponible de mano de obra o la readmisión obligatoria del despedido improcedentemente? 3.ª) ¿Protege el esquirolaje frente al derecho de huelga y la acción de los piquetes? 4.ª) ¿Qué conexiones existen entre el derecho al trabajo y la planificación económica? ¿Y con el «fomento de una política que asegure el pleno empleo»?

e) En relación con el deber de trabajar: 1.ª) ¿Cuál es el sentido del «trabajo»? ¿Se trata de «una actividad socialmente útil» o de «una actividad subordinada»? 2.ª) ¿Quiénes son los que no trabajan? ¿Los marginados sociales o los rentistas? 3.ª) ¿Cuáles son los efectos jurídicos de este deber constitucional, esto es, cuáles son las sanciones jurídicas directas o indirectas de posible imposición al incumplidor del mismo?

f) En cuanto a la libertad profesional: 1.ª) ¿Cuáles son sus posibles límites? 2.ª) El establecimiento de limitaciones corporativas tales como un «numerus clausus» en determinadas profesiones o estudios, ¿atentan contra esta libertad profesional? 3.ª) ¿Y la renuncia o los límites a la facultad de desistimiento del trabajador en el contrato de trabajo? 4.ª) ¿Y el deber de no concurrencia del trabajador respecto de su empresario?

g) En cuanto al derecho de remuneración suficiente: 1.ª) ¿Se refiere solamente a los trabajadores por cuenta ajena o resulta extensible igualmente a los trabajadores por cuenta propia? 2.ª) ¿Se entiende la remuneración como salario directo o como el conjunto del salario y de otras remu-

neraciones de naturaleza diversa? 3.ª) ¿Podrán los Tribunales juzgar acerca de la suficiencia de las concretas remuneraciones percibidas por los trabajadores?

La resolución de estas y parecidas cuestiones permitirá considerar o no abrogadas, y aún derogadas por inconstitucionales, disposiciones tales como el Real Decreto-Ley de relaciones de trabajo de 4 de marzo de 1977 o, incluso, la «non nata» Ley de acción sindical en la empresa. Y, en todo caso, dará contnido concreto a ese Estatuto de derecho de los trabajadores que el propio texto constitucional promete.

Finalmente, hay que señalar que el reconocimiento por parte del artículo 37, 2, relativo al derecho de los empresarios a «adoptar medidas de conflicto colectivo», rompe claramente el compromiso político que anida en el texto constitucional en materia laboral, contradiciendo el artículo 9, 2.º, y desequilibrando peligrosamente a favor de los empresarios las armas a utilizar, máxime cuando, como es sabido, la utilización del cierre patronal puede suponer en la práctica la negación de la utilización efectiva del derecho de huelga.

IV. FUNCIONALIDAD JURIDICA Y FUNCIONALIDAD POLITICA

En definitiva, podríamos decir que el texto constitucional ha sacrificado su funcionalidad jurídica a su funcionalidad política. La persecución del consenso político tiene su precio y éste se ha pagado en moneda jurídica. El consenso sólo es posible en la ambigüedad; cuando se trata de concretar surge el conflicto.

Por todo ello, hay que pensar que la actuación política no acaba con la elaboración de la Constitución. Esta constituye simplemente el comienzo de la misma, pues no hay duda de que, por tratarse de una norma jurídica, de una norma jurídica constitucional y de una norma jurídica constitucional de compromiso, permitirá interpretaciones muy diversas en función de cuál sea la evolución de las fuerzas políticas y sociales del país. Habrá, pues, que forzar interpretaciones en clave progresiva acudiendo a una lectura de los derechos laborales reconocidos a la luz del artículo 9, 2.º, coadyuvando así a crear una voluntad política transformadora. Hay que reconocer, no obstante, que existen actualmente factores negativos que no propician un excesivo optimismo en este último sentido. Entre ellos, la situación de crisis económica y el continuismo en el proceso político de transición que se está efectuando, los cuales gravitarán sobre la previsible actuación de la Magistratura y, muy particularmente, sobre la composición y futura actuación del Tribunal Constitucional.

XIII

ESTRUCTURA DE LA EMPRESA

ANTONIO OJEDA AVILES
FERMIN RODRIGUEZ-SAÑUDO
Agregados Numerarios de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla

I. SOBRE LA PARTICIPACION Y SUS MODALIDADES

Ante lo ambiguo de la expresión que da título a esta Ponencia, parece conveniente iniciarla con unas reflexiones de tipo terminológico; en el actual nivel de discusión del tema en Europa, se corre el riesgo de hablar de cosas diferentes, especialmente en foros de este carácter en los que nos reunimos juristas de diversas procedencias. Así, los británicos hablan de «democracia industrial», con la expresión acuñada por los esposos Webb, los alemanes emplean los términos de «democracia económica», «constitucionalismo de empresa» o «cogestión», mientras que en los países latinos se habla de «control obrero» o de «reforma de la empresa», según la ideología. Pero el término más extendido y quizás el más aséptico de todos ellos es el de «participación», que además es el que vamos a encontrar en las normas que comentaremos más adelante; no podemos ocultar, sin embargo, que se trata de un término de vagos contornos, que se emplea con diversos sentidos, los cuales han de ser precisados.

Así, se habla por una parte de participación en los beneficios y en los frutos de la empresa, aludiendo a las viejas fórmulas de accionariado obrero o de las pagas de beneficios. Entendemos que este tipo de participación no tiene relevancia en la actualidad y se encuentra ampliamente desacreditado, por más que en algún caso (tal podría ser, por ejemplo, el de los sindicatos suecos) se haya presentado como una auténtica panacea. Prescindimos, por lo tanto, de esta acepción.

Los dos tipos verdaderamente significativos en el momento actual presentan, a su vez, dificultades terminológicas y de límites. Se habla de «participación interna» y de «participación externa»; haciendo referencia la primera a la que consiste en la presencia de representantes de los trabajadores en las estructuras del poder económico establecido, bien sea a nivel de

la empresa, bien a nivel superior; y consistiendo la segunda en la influencia desde fuera de esas mismas estructuras, a través de los sindicatos, de los medios de lucha colectiva y del convenio colectivo. Durante los veinte años que siguen a la Segunda Guerra Mundial se ha ido consolidando la opinión de que la denominada participación interna, de carácter más claramente institucional, corría un grave riesgo de integracionismo, ante los fuertes límites de los comités de empresa u organismos similares para plantear conflictos abiertos y para divulgar la escasa información recibida; mientras que la llamada participación externa, en general de carácter más conflictivo, ganaba prestigio por las mejoras laborales obtenidas al compás de la progresiva implantación de los sindicatos y a través de las huelgas y de los convenios colectivos. Pero en los últimos años aquella opinión maniquea se ha ido resquebrajando y obtiene hoy menos adhesiones. Se advierte que, de un lado, también los sindicatos se han ido institucionalizando y han abusado a veces del pactismo; el movimiento obrero lo constató con claridad en 1968 y 1969: los Acuerdos de Grenelle en Francia y el Estatuto de los trabajadores en Italia fueron —salvando en este momento las fundamentales diferencias entre ambos textos— medios jurídicos de absorber, con la intervención de los sindicatos, una situación prerrevolucionaria. De otro lado, la crisis económica prolongada ha puesto de relieve que la afirmación de Galgano y otros de que las decisiones económicas relevantes se toman, no en las empresas, sino en el Estado —siguiendo quizá la idea de que nos hallamos inmersos en un capitalismo monopolista de Estado— ha resultado cuando menos discutible, obteniendo en cambio amplia aceptación la idea de que «la clave está en la fábrica». El dilema entre autoridad y democracia económica se ha resuelto por los trabajadores allí donde tienen la fuerza, en los establecimientos industriales y comerciales; lugares donde los sindicatos no siempre llegan con facilidad.

En definitiva, creemos que deben hacerse varias precisiones en torno a los dos tipos de participación:

La primera es que la que hemos denominado participación externa puede estar tan integrada como la interna. Los sindicatos son hoy, en cierta medida, elementos de integración de la clase obrera, utilizados conscientemente por la burguesía como instrumento de apoyo frente a las coaliciones, las huelgas salvajes, los conflictos no absorbibles y el espontaneísmo obrero. El hecho de que, a través de ello, obtengan importantes mejoras para los trabajadores no contradice esta institucionalización.

En segundo lugar, la participación interna puede llegar a ser tan bronca como la externa y la represión contra sus portavoces tan dura como la ejercida contra los delegados sindicales. Los consejos o comités han sido los protagonistas en muchas situaciones en las que los sindicatos no podían o no querían intervenir, y ello a pesar de las prohibiciones y limitaciones existentes.

Por último, en congruencia con lo que hasta aquí se ha dicho, no hay que concebir los dos tipos de participación como una rígida alternativa, pues en cierto modo deben considerarse complementarias en la estrategia sindical. Con palpable evidencia desde 1968, los sindicatos intervienen en

los elecciones a comités y una importante mayoría de los miembros de éstos se encuentran afiliados a algún sindicato. Las centrales, por su parte, marcan las directrices de actuación de los comités que controlan y se benefician de la información que éstos reciben. Los comités y los consejeros se encuentran respaldados en su actuación por las centrales.

Creemos, por lo tanto, que debe rechazarse la postura «blanco-negro» y el desprecio por la participación interna; es claro que ésta puede servir a la clase trabajadora como instrumento de limitación, en conjunción con los sindicatos, del poder unilateral del empresariado. Es evidente que encierra el peligro de la integración, pero éste es un peligro común del que hay que defenderse conjuntamente; porque la estructura de la empresa no puede concebirse sin una perspectiva global: de nada servirá que los trabajadores tengan asambleas y comités en los centros de trabajo si no se posibilita su conexión con otros niveles de participación interna, es decir, si no tienen representantes en otras estructuras económicas más amplias, a escala sectorial, nacional e incluso internacional.

Por otro lado, la participación interna no tienen por qué quedarse, como durante muchos años ha estado en casi todos los países europeos, en sus más bajos niveles de rendimiento para los trabajadores. Los distintos grados de «colaboración» —entendiendo por tales, de menores a mayor, las facultades de información, opinión, discusión e impugnación de las decisiones empresariales— pueden dar lugar a un grado de «cogestión», en el que se decida conjuntamente sobre materias tales como sistemas de trabajo, reconversiones, etc. El nivel superior, de «autogestión», escapa a nuestro parecer de la sola participación en la gestión de una economía capitalista; incluso la dirección en exclusiva de una obra social de empresa o de una cooperativa no significa autogestión si no ocurre lo mismo en otros niveles superiores.

Centrando el tema en la participación interna a nivel de la empresa, nos proponemos desarrollarlo en tres puntos: tras una breve referencia al mismo en la etapa franquista, examinamos los textos constitucionales en relación con la materia, para terminar con un intento de prospectiva de futuro.

II. EL PODER EN LA EMPRESA EN EL REGIMEN FRANQUISTA

Creemos que una consideración de este tema en este momento no presenta sólo un interés histórico. Aparte de constituir un punto de referencia obligado por su proximidad temporal al nuevo sistema de relaciones laborales que ahora se inicia, no hay que descartar que la concepción vigente en esa larga etapa de nuestra historia continúe actuando más o menos explícitamente en las normas y en la práctica de las relaciones de trabajo en la empresa. Al no haberse producido una auténtica ruptura en el paso del franquismo a la democracia, al no haberse dado una derrota de las fuerzas del predominio económico sino una mera adaptación de éstas a las exigencias de la democracia formal, no es aventurado pensar en la conti-

nuidad de las ideas-fuerza que allí estuvieron vigentes, aun cuando sea otro el ropaje jurídico que las envuelva. Es precisamente en el ámbito del poder del empresario donde se va a producir uno de los puntos de mayor resistencia a la introducción de las ideas de democracia y de participación: la fuerte reacción empresarial al Proyecto de Ley de participación de los trabajadores —debatido en la Comisión de Trabajo del Congreso— bastaría como ejemplo de rigurosa actualidad para ilustrar esta realidad.

El período franquista no es —desde el punto de vista de las relaciones de trabajo en general y de la empresa en particular— un bloque monolítico: podría subdividirse en dos etapas, cuya línea de inflexión se ubicaría al final de la década de los 50. Aunque los datos básicos de las relaciones colectivas permanecen inalterados —ausencia de libertad sindical, fuerte intervencionismo estatal, negación de los medios de lucha colectiva— se produce a partir de ese momento una serie de reformas que introducen elementos nuevos e importantes en el modelo.

El sistema de relaciones en la empresa que inicia el Fuero del Trabajo es claramente autoritario y excluye cualquier línea de participación, aún a título puramente formal. Hay un «jefe» de la empresa, al que corresponde la dirección de la misma, y una mano de obra, retóricamente asociada al capital y a la técnica, a la que no se reconoce ninguna personalidad colectiva, apareciendo más bien como conglomerado amorfo sin ningún papel en la gestión de la empresa. Existe desde luego una correspondencia y una congruencia entre el sistema político imperante en la época (ausencia de de democracia y de canales de auténtica participación de los ciudadanos n las tareas públicas) y el modelo de relaciones laborales en la empresa: sta reproduciría en su «microcosmos» la jerarquización, el sometimiento y l autoritarismo existentes a un nivel más general, completándolo y reforzándolo de manera particularmente eficaz. Manifestaciones de este fenómeno pueden encontrarse a lo largo de todo el ordenaminto laboral de la época; baste mencionar dos ejemplos: la «depuración» del texto de la Ley de contrato de trabajo de 1931 a través del Texto Refundido de 1944, en el que se refuerza la autoridad del empresario, y, a un nivel inferior, la reiterada previsión de las Reglamentaciones de Trabajo de que la organización de la empresa es «facultad exclusiva que corresponde a la dirección de la misma».

En la segunda etapa aparecen, como ya indicamos, elementos nuevos. Tales serían la extensión del régimen de Jurados de Empresa, creados algunos años antes, la reintroducción de la negociación colectiva (negada durante dos décadas) y la participación de los trabajadores en los órganos de gestión de las sociedades. El núcleo de poder en la empresa queda, sin embargo, inalterado: podría decirse que las mismas normas que introducen tales elementos contienen los mecanismos suficientes de defensa de ese poder, neutralizando las posibles incidencias que, al menos a nivel formal, pudieran esperarse. Las normas sobre Jurados de Empresa prevén expresamente que «en ningún caso podrán actuar en menoscabo de las funciones de dirección que corresponden al jefe de la misma»; sus facultades, por otra parte, limitadas básicamente a derechos de información y consulta,

se sitúan a un nivel muy modesto de participación. La regulación de la negociación colectiva prohibe la inclusión de cláusulas que impliquen disminución de las facultades inherentes a la dirección de la empresa; además, los trabajadores no cuentan legalmente con la posibilidad de utilizar los medios de presión necesarios para representar un verdadero contrapoder colectivo a la hora de determinar el contenido del pacto colectivo. La normativa sobre participación en los órganos de gestión, por último, tiene un ámbito de aplicación muy reducido, introduce solamente una representación minoritaria, siendo numerosas las posibilidades de fraude; la agria recepción de esta Ley por parte del empresariado vino acompañada de un total escepticismo por parte de los trabajadores, factores ambos que han contribuido a la nula efectividad de esta forma de participación durante sus años de vigencia.

La conclusión de este breve **excursus** al sistema de relaciones laborales en el franquismo no puede ser otra que la de confirmar su incompatibilidad genética con las ideas de democracia y de participación a nivel de la empresa, en congruencia con la ausencia de tales realidades a otros niveles superiores. En ningún caso hubiese resultado consecuente con sus principios básicos la aceptación y aplicación de tales ideas.

La cuestión que surge inmediatamente es la de saber si se van a producir cambios fundamentales en materia de poder y de democracia en la empresa en la nueva situación política que, como sabemos, introduce un nuevo sistema de relacione slaborales en nuestro país. El examen del texto de la Constitución puede aportarnos alguna información sobre el tema.

III. LA «PARTICIPACION» EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

No existe en el texto constitucional —no tenía por qué existir, desde luego— ningún precepto dedicado en especial a la empresa, ni en general ni en sus aspectos jurídico-laborales, esto es, desde el punto de vista de las relaciones de trabajo que en su marco se dan. Sin embargo, algunos de sus preceptos vienen a diseñar de alguna manera el cuadro en el que esas relaciones van a desarrollarse; encontramos, de una parte, previsiones generales aplicables a la empresa o a alguno de sus elementos y, de otra, referencias concretas a algún aspecto particular de las relaciones de trabajo en ese ámbito.

a) En el grupo de previsiones generales, creemos debe distinguirse entre las que garantizan los intereses de cada una de las partes, lo que ineludiblemente plantea el problema de su posible conciliación en el sistema de relaciones que la Constitución, en definitiva, viene a enmarcar.

Desde el punto de vista de la garantía de los intereses del empresario, son básicas y fundamentales las previsiones contenidas en los artículos 33 y 38: derecho a la propiedad privada, cuyo contenido vendrá delimitado por su función social; y libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. No se hace ninguna mención al tema del poder en la em-

presa, pero pueden preverse unas determinadas consecuencias a deducir de estos principios axiomáticos.

Los elementos básicos del sistema capitalista, que se consagran y garantizan constitucionalmente, están actuando ya de alguna manera como línea de defensa de un determinado sistema de poder en la empresa. No hay que desconocer, desde luego, que estos elementos no son aislables del conjunto del sistema constitucional, en el que, como vamos a ver inmediatamente, existen otros datos cargados de una cierta posibilidad transformadora; pero la presencia de los mencionados actuarán sin duda como condicionamiento muy fuerte de esa posibilidad. En todo caso, habría que preguntarse si es compatible esa garantía con la introducción de un sistema de democracia real en la empresa, a través del cual quedara esencialmente alterada la concepción tradicional del poder en la misma. En otras palabras, habría que preguntarse si esa garantía —no matizada— podría impedir la creación de mecanismos de limitación real del poder del empresario. El debate que en esta materia continúa aún abierto en otros ordenamientos (posiblemente el más significativo es el que se produce en la República Federal de Alemania) nos indica que se trata de una materia cuyos planteamientos, complejos y polémicos, llegarán con toda seguridad hasta el nivel de control de constitucionalidad de la legislación ordinaria si se llega a la aprobación de un texto mínimamente progresivo en esa dirección.

Desde el punto de vista de la protección de los intereses de los trabajadores, es esencial el artículo 9,2, en el que se contiene un doble compromiso de los poderes públicos: el de promover las condiciones y el de remover los obstáculos para conseguir la efectividad de la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos, facilitando la participación de los ciudadanos en la vida política, económica y social.

No debe dejar de señalarse que la ampliación de este compromiso frente a todos los ciudadanos le puede hacer perder fuerza como elemento transformador en el campo de las relaciones de producción: la cuestión básica en relación con este punto es la de conocer si se hará efectiva la traducción de la libertad, de la igualdad y de la participación **de los trabajadores** en el marco de la empresa. Existe el evidente peligro —y no se trataría de una experiencia insólita, en cuanto que se dan ejemplos repetidos en otros ordenamientos— que tal garantía quede reducida a una mera declaración programática sin traducción real y efectiva en las relaciones de producción.

Es evidente que una interpretación progresiva de esta previsión constitucional abre un campo esperanzador en el tema de la transformación del ejercicio del poder en la empresa; pero lo que afirmábamos anteriormente en relación con la defensa del derecho de propiedad privada y de la libre empresa podría actuar como dique eficaz para impedir el desarrollo efectivo de la misma. En definitiva, y de forma paralela a lo que señalábamos con referencia al ordenamiento franquista, las propias normas que anuncian una mayor liberación en este terreno segregan los mecanismos de defensa del orden establecido; es, por lo tanto, previsible que la garantía de la

libertad y de la igualdad quede limitada en gran medida a una declaración retórica sin contenio real. Los argumentos utilizados recientemente por el empresariado contra el polémico artículo 9 del Proyecto de Ley de participación de los trabajadores en la empresa (inadmisible socialización de la empresa, control obrero incompatible con la esencia de la propiedad, entre otros) indican ya el tipo y la intensidad de la resistencia que puede producirse en este campo si, como ya indicábamos antes, se intentara aprobar un texto mínimamente progresivo en la línea de limitación de los poderes del empresario.

b) Como referencia concreta a las relaciones de trabajo en la empresa, hay que retener la contenida en el artículo 129, 2. Pero también es necesario añadir inmediatamente que se trata tan sólo de una previsión de futuras formas de participación en la empresa respecto de las cuales no se garantiza ningún mínimo; puede decirse que se trata de una auténtica norma en blanco cuyo contenido queda remitido a la futura legislación ordanaria sobre la materia. No supone, por lo tanto, ningún compromiso efectivo de democracia en la empresa, puesto que las formas de participación que se anuncian con fórmula tan general no tienen por qué afectar de manera directa y eficaz al núcleo de poder ejercido por el empresario; cualquier mecanismo de participación, aún el más elemental y marginal a las decisiones que en la empresa se toman, cumpliría con el programa previsto en el precepto arriba citado.

Identificamos, pues, en el texto constitucional dos polos que actuarán sin duda como elementos de tensión en el tema del poder y de la democracia en la empresa. Podemos afirmar, insistiendo en lo que ha quedado apuntado más arriba, que existen datos sobre los que articular una transformación real de ese sistema de poder —aun cuando las fórmulas utilizadas quedan muy por debajo de las existentes en otras Constituciones contemporáneas— siempre que resultasen desarrollados de forma mínimamente progresiva. Pero también es necesario repetir que las líneas de defensa del sistema establecido, probablemente reforzadas por la inercia de las fuerzas de tendencia del régimen anterior, actuarán sin duda de forma muy eficaz para neutralizar las iniciativas que en esta materia puedan nacer en orden a conseguir una reforma en profundidad.

IV. PROSPECTIVA DE FUTURO

Hemos realizado una lectura del texto constitucional que quizá podría calificarse de pesimista; pensamos, sin embargo, que a la vista de los datos existentes, no es sino pragmática y realista. En las líneas que siguen tratamos de realizar una prospectiva a corto plazo, contando precisamente con esos datos y contemplando el problema desde el punto de vista de los trabajadores.

Parece claro que los trabajadores no pueden limitarse a un control externo, con las armas del conflicto y de la negociación colectiva, respecto

de las decisiones que les afectan en los diversos niveles. En toda Europa está mereciendo el tema un intenso debate y la marginación anterior de la participación interna está siendo reconsiderada, especialmente por los sindicatos ingleses e italianos. Ahora bien, el apoyo a la participación interna sólo puede ser rentable entendida como **contrapoder** interno. En este sentido, insistía recientemente Giugni cuando, tras plantearse la existencia de una posible crisis del modelo «contractualista», proponía la introducción de formas más avanzadas de control social (interno), siempre que se atuviesen a unas premisas mínimas: en primer término, no debe de tratarse de un control alternativo al sindical; evidentemente, en el problema de la competencia entre sindicatos y comités es crucial la postura de los primeros, desde su aceptación plena hasta su total rechazo: la complementariedad es necesaria por muchos motivos, aun cuando sean precisas determinadas matizaciones, como se verá más adelante. En segundo lugar, ese tipo de participación no debe ser entendido en beneficio de la empresa; el principio de colaboración y de armonía, aplicado a las representaciones internas por el **Code du travail** francés, la Constitución italiana o la **Betriebsverfassungsgesetz** alemana castra su efectividad y debe ser impugnado con energía por el movimiento obrero. En tercer y último lugar, el control debe estructurarse en varios niveles, hasta el nacional: los trabajadores no pueden contentarse con representantes a nivel de centro de trabajo o de empresa, sino que deben apoyar una representación en organismos superiores y de ámbito más extenso, como son las que controlan el crédito y el ahorro o las empresas públicas.

Teniendo en cuenta estas premisas, en una visión realista de las actuales circunstancias de nuestro país, pensamos que los rasgos de la participación pudieran ser los siguientes.

En primer lugar, puede defenderse que quienes ejercieran la participación interna deben ser representantes de los trabajadores en las diferentes estructuras económicas. La llamada democracia directa, centrada exclusiva o predominantemente en las asambleas de trabajadores con amplios poderes decisorios, tiene una compleja problemática y bastantes dificultades como para articular en ella el juego del contrapoder interno; los comités y los consejeros trabajadores son vías ya abiertas, de juego más ágil en muchos aspectos, cuyas facultades podrían ampliarse con fruto. En este sentido, si aceptamos que esos representantes son los que ejercen tal participación interna, habría que plantear cuáles deberían ser sus conexiones con los sindicatos. Luciano Lama, secretario de la CGIL italiana, proponía hace unos meses lo que denominaba «control sindical institucionalizado», que parecía equivaler a la propuesta de los sindicatos británicos de que los representantes internos fueran en todo caso elegidos por los sindicatos. Como ejemplo de una línea opuesta, la central holandesa FNV propugna la independencia recíproca de sindicatos y comités que, al no estar vinculados en sus decisiones, pueden defender más eficazmente los intereses de los trabajadores. En nuestra opinión, ni la subordinación ni la independencia, sino la **interdependencia** entre comités y sindicatos es la

postura más aceptable; ésta parece ser la fórmula que permite el Proyecto de Ley de representación de los trabajadores en la empresa actualmente en el Congreso: comités formalmente independientes de los sindicatos pero de hecho compuestos en su mayoría por militantes de las centrales sindicales.

En segundo lugar, es evidente que las funciones de los comités, a la vista de las normas constitucionales citadas se sitúan muy lejos del nivel de cogestión. Quizás lo más realista a corto plazo sea defender fórmulas de participación subalterna, y en concreto una que ofrece gran virtualidad. Nos referimos al ejercicio del derecho de información, materia en la que Lyon-Caen ha hecho hincapié reiteradamente y cuya ampliación defienden las centrales sindicales francesas; importantes logros se han conseguido en este punto en Inglaterra, Bélgica y Estados Unidos. Se trataría, desde luego, de una información sobre materias y datos muy concretos (situación económica de la empresa, grupo de empresas, sector y, en definitiva, de la estructura de referencia), evitando que el emprsario pudiera evadirse con exposiciones excesivamente generalizadas. En este terreno hay que conseguir una absoluta veracidad en la información, apoyando el ejercicio del derecho con sanciones al empresario o, lo que puede ser más útil, con la posibilidad de confrontación con los libros de la empresa, directamente por los representantes o a través de expertos contables. Es importante también recortar al máximo el derecho de reserva del empresario y el deber de secreto de los representantes, fuertes obstáculos a una información veraz. La legislación de algunos países ha incidido ya en esta cuestión, por el interés que supone. por ejemplo, en la negociación de un convenio colectivo, contar con datos precisos sobre lo que se puede reivindicar y sobre lo que no se puede lograr por los trabajadores.

En tercer lugar, es importante que la negociación colectiva pueda ampliar las facultades de participación interna en las decisiones económicas. Los obstáculos que las Leyes de Convenios colectivos de 1958 y 1973 han venido estableciendo en este terreno deben ser removidos; en este sentido parece que se mueven las previsiones del Proyecto de Ley de representación de los trabajadores. Sin duda, habrá que esperar algún tiempo para comprobar la efectividad de las mismas.

XIV

MATERIALES PARA UNA EXEGESIS DE LAS NORMAS SOBRE LA ACTIVIDAD ECONOMICA EN LA CONSTITUCION

ANGEL M. LOPEZ Y LOPEZ
Agregado Numerario de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

«... puestos en el punto de vista de la doctrina pura, a los socialistas nos tiene que ser muy difícil proclamar nada menos que en una Constitución que la propiedad desempeña una función.»

(Julián Besteiro, Discurso en la Asamblea Constituyente, 6 de octubre de 1931.)

I. PROPOSITO

Las presentes notas no aspiran a otra cosa que a ser lo que se conoce, dentro de la historia del movimiento obrero, como unos «materiales»: documentos de discusión y debate, o, dicho con mayor exactitud, **para** la discusión y el debate. A la hora de redactarlas ha surgido como principal dificultad de orden técnico la carencia de una literatura constitucional propia que tome como principal objeto de estudio la positividad de las normas, carencia que se justifica por razones obvias; pero que supone algo más que la ausencia de una doctrina científica: supone la inexistencia de la práctica interpretativa de la norma constitucional en tanto vinculante y operativa, más allá de lo meramente programático. Por ello, me parece que la precariedad delas conclusiones debe ser especialmente subrayada, al menos en cuestiones de detalle o matiz.

II. FILOSOFIA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

Se me permita, por cuanto creo que resulta ilustrativo para lo que sigue, hacer una referencia a lo que pudiera llamarse la **«filosofía» del texto constitucional.** A la hora de definir el Estado que brota de la Constitución,

el texto lo hace como «social y democrático de Derecho» (art. 1, 1, Constitución, en adelante citado sólo el número del precepto correspondiente). Resulta muy conocido el origen de la fórmula **«Estado Social de Derecho»**, como expresión de un Estado que no sólo garantiza y protege los derechos y libertades, sino que realiza las acciones necesarias para llenar unos y otras de efectivo contenido; lo que alcanza un especial interés en los aspectos económicos, en la medida en que dichas acciones irían, en una gran parte, encaminadas a lograr ese real disfrute de libertades y derechos, a través de una promoción material de los menos favorecidos, o, dicho en términos objetivos, por medio de una nivelación económica (siquiera aproximativa, o al menos en los escalones más esenciales) de los miembros de la comunidad.

El concepto de «Estado Social de Derecho», así definido y despojado de la enorme cantidad de gangas retóricas de que viene, por lo normal, acompañado, se revela de un **carácter netamente transaccional** entre el establecimiento de un orden que genera efectivas desigualdades, y la profunda aspiración a la igualdad que late en los propios principios de ese orden, en tanto que formulados en abstracto; de alguna manera reconduce a una instancia de transacción el tema de lo «real» y lo «formal», referidos ambos términos sea a un derecho, sea a una libertad de la persona.

No creo que éste sea el momento de discernir si el término «Estado Social de Derecho», además de ser de origen transaccional, revela un **contenido aporético**, en tanto en cuanto que un orden generador de desigualdades es el encargado de suprimirlas o hacerlas más tenues, puesto que ello, aunque tema de capital interés, haría discurrir el razonamiento por lugares muy alejados de una exégesis. Lo que interesa resaltar, pues que, como digo, la fórmula es transaccional, son los términos concretos de la transacción, y allí donde ésta resulta más delicada, comprometido y definitoria: en el terreno del sistema económico que se piensa instaurar.

III. MODELO DE «SISTEMA ECONOMICO» EN LA CONSTITUCION

Dentro de una **tarea exegética**, labor previa es la identificación y sistematización de las normas a estudiar. En este sentido:

a) Como **preceptos básicos**, aunque la materia está extraordinariamente desperdigada, señalaremos los artículos 33 **(propiedad privada)** y 38 **(libertad de empresa)** bajo la rúbrica «sección segunda; de los derechos y deberes de los ciudadanos», «capítulo segundo: libertades y derechos», en el título I «De los derechos y deberes fundamentales». A ellos se debe añadir el artículo 53 («capítulo cuarto: de las garantías de las libertades y derechos fundamentales») para discriminar los diversos niveles de tutela. Completan el cuadro los artículos 128 a 131, bajo la rúbrica «Economía y Hacienda», en el título VII. Curiosamente, de donde podemos extraer menos consecuencias es del captíulo tercero, «De los principios rectores de la política económica y social», cajón de sastre, donde junto a cosas tan dispares como la pres-

tación alimenticia, los derechos de los niños, o la protección del medio ambiente, aparecen referencias un tanto evanescentes a la política de estabilidad económica y pleno empleo (art. 40), al régimen de utilización del suelo urbano (art. 47), o al control del comercio interior (art. 57, 3), etc.

b) Como **precisión de carácter terminológico**, cabe señalar la abundancia de **standards**, conceptos jurídicos indeterminados, que son en sí equívocos y aparentemente susceptibles de utilización alternativa, aunque ya veremos que el contexto es mucho más rígido, menos flexible de lo que dichos conceptos o **cláusulas generales** dan a entender: «función social» (33, 2), «exigencias de la economía general», «planificación», «defensa de la productividad» (38), «interés general» (47), «subordinación de los intereses generales» (128, 1), etc.

c) Desde un **punto de vista sistemático**, las normas básicas, (arts. 33 y 38) se encuentran situadas dentro de la sección segunda, capítulo segundo, título I, «De los derechos y deberes de los ciudadanos», contrapuestas a una sección primera donde se regulan «las libertades públicas». Ello ya nos autoriza a decir que, aunque en un grado menor, prevalece en la consideración de propiedad privada y libertad de empresa, una **óptica garantística** paralela a la de las libertades públicas. Ello se verá más claro inmediatamente, cuando hablemos de los niveles de tutela. Resaltamos ahora que descolgados de esa óptica quedan los «principios rectores de la política económica y social», y los artículos **subiecta materia** del título VII, «Economía y Hacienda»; estos dos bloques de normas son los que contienen los principios más «sociales» en orden al sistema económico. Con lo que en la tensión existente entre reconocimientos de derecho (a los detentadores de los bienes económicos) y solicitaciones «sociales», los términos de la transacción antes mentada (encaminada a «armonizar» la tensión) se decantan claramente (en la «consideración de principio») hacia la conceptuación más favorable del reconocimiento de derechos a la clase poseedora de los bienes.

d) Que ello es así nos lo demuestra el artículo 53, al establecer diferentes grados de protección en relación con el elenco de libertades públicas, derechos y deberes de los ciudadanos, y principios rectores de la política económica y social.

En efecto, libertades públicas y derechos de los ciudadanos (entre los cuales la propiedad privada y la libertad de empresa) se encuentran en el mismo escalón (53, 1) de protección básica; sólo podrá ser regulado por ley **su ejercicio**, y con respecto de su contenido esencial. La libertad y la seguridad y el derecho de asociación, por ejemplo, quedan asimilados a propiedad y libertad de empresa, que se configuran así como **derechos esenciales** en contra de lo que sucede en Constituciones más progresivas en las que el reconocimiento y la garantía de propiedad privada y libre iniciativa económica no llegan a una equiparación de tal envergadura, hablándose, en su caso, de **derechos no esenciales** (aunque reconocidos y garantizados).

La importante, pero única diferencia entre «libertades públicas» y «derechos y deberes de los ciudadanos» es la posibilidad de que cualquier

ciudadano recabe la tutela de las primeras ante los Tribunales ordinarios con un procedimiento preferente y sumario, o utilizando al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (arts. 53, 2, 161, b).

En cambio, los principios del capítulo tercero, «rectores de la política económica y social», quedan reducidos a informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pudiendo ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollen (58, 3).

Lo cual significa que dichos **principios son puramente programáticos:** dirigidos al legislador ordinario, a él quedan subordinados en su plasmación.

Ahora bien, debo decir inmediatamente que (y así se debe entender mi referencia al carácter programático, desde ahora en adelante) ello no significa que carezcan de efectividad jurídica. Ciertamente, su desarrollo por el legislativo es incoercible, en términos estrictamente jurídicos; pero no hay que olvidar que toda norma directiva o programática que se contenga en una constitución va dirigida a **todos** los poderes públicos, debiendo servir de criterio al poder judicial y de límite a la discrecionalidad del ejecutivo (entre otras cosas). Este es el sentido del artículo 53, 3, si bien creo se debe hacer una matización importante: los principios rectores de la política social y económica informarán la práctica judicial, **aunque** no estén desarrollados, pero sin llegar nunca a una interpretación derogatoria de normas que a ellos se opongan (ello implicaría un sistema de jurisdicción constitucional difusa, rechazado por el texto: art. 163); en cambio, sí podrá hacer tal el Tribunal Constitucional (presupuesta la **ad hoc** ley orgánica), aún, repito, en ausencia de las leyes de desarrollo de los mencionados principios. Por contra, y es coherente con su naturaleza, no son accionables directamente ante la jurisdicción ordinaria, sino cuando han sido desarrollados, pues sólo entonces han sido creadas situaciones jurídicas lo suficientemente concretas como para permitir tal tipo de tutela.

¿Y qué sucede con las normas del título VII? No olvidemos que concretamente allí se contiene aquélla según la cual «toda la riqueza del país en sus distintas formas, y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general» (128, 1). Con lo dicho, la respuesta me parece clara. La norma, que podría, colocada en otro lugar, tener un mayor campo de operatividad, en el sitio donde está y con el contexto que la precede **es solamente programática.** A la indeterminación de que sea «interés general» se debe sumar que son los poderes públicos los intérpretes del mismo, y sin grandes posibilidades de control sobre el alcance de su apreciación.

IV. PROPIEDAD Y LIBRE EMPRESA EN LA CONSTITUCION

Paso a continuación a analizar concretos aspectos de las instituciones básicas del orden económico, **la propiedad y la libre empresa,** tal y como vienen reguladas en la Constitución.

A) EL DERECHO DE PROPIEDAD Y SU FUNCION SOCIAL

Por lo que hace a la **propiedad**, el artículo 32 reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. Como primera observación, la ausencia de referencia a todo tipo de propiedad que no sea la específicamente privada; en calidad de apéndice de este reconocimiento, el derecho a la herencia, cosa que es en alguna medida redundante. Entre las múltiples impropiedades que contiene el texto cabe señalar el uso de la locución «derecho a...», en lugar de la más frecuente «derecho de...», ya que por más vueltas que se le quiera dar a la primera, carece de un específico sentido normativo. La tutela acordada al derecho de propiedad ampara las propiedades actuales y las por venir; si con el modismo «derecho a...» se ha querido subrayar el derecho a acceder a la condición de propietario de todos los ciudadanos, la Constitución ha hecho una pía declaración sin más trascendencia. No merece la pena detenerse más en este punto, ya que el contexto del precepto, y sobre todo su conexión con el artículo 53, nos pone nítidamente de manifiesto que su finalidad es la de preservar la apropiación, gestión y transmisión de los bienes económicos bajo título jurídico-privado. Es decir, el artículo 33, configura como habíamos adelantado, una visión de la institución de la propiedad bajo el **prisma de la garantía** de una situación jurídica subjetiva de titularidad privada.

Aún se aprecia con mayor claridad lo dicho si profundizamos en el alcance del concepto de «función social» que según el artículo 33, 2, «delimitará su contenido (de propiedad privada y herencia) de acuerdo con las leyes». Prescindiendo del planteamiento algo tautológico del apartado (se podría pensar que la «función social» determinada por el legislador ordinario, modula el contenido de la misma obra del legislador ordinario), fácilmente salvable con una redacción correcta, queda en pie el poblema de depurar que hay debajo del expresado concepto de función social. Fuera completamente de mi propósito y de la ocasión presente una investigación ni siquiera aproximativa sobre la función social de la propiedad como dogma o mito de la civilística contemporánea, me limito a decir que también este concepto tiene, en sus formulaciones político-legislativas, **carácter transaccional**, y mientras que para unos representa una válvula que abre al legislador ordinario la posibilidad de todo tipo de intervención pública en las relaciones económicas, para otros apenas si es un **desideratum** de carácter no vinculante o programático. A decir verdad, tomar partido en uno u otro sentido no se puede hacer desde el solo sector de la disciplina de la propiedad, antes bien, habría que hacerlo desde el terreno de la configuración de la iniciativa económica en general, lo que en terminología clásica, que es también de la Constitución, se llama libertad de empresa. De ello me ocupo más adelante y allí envío. Lo que sí se puede decir desde ahora mismo es que la función social de la propiedad privada incide sobre su contenido, tan solo sobre su contenido, delimitándolo. Ello significa que la función social no incide sobre las cuestiones de titularidad, al menos en vía directa. Cierto es que titularidad y contenido

se encuentran, en orden a la propiedad privada, tan íntimamente ligadas que una modificación sustancial del segundo implica idéntica modificación en la primera; pero el artículo 53, 1, nos aclara inmediatamente que una regulación del contenido del derecho de propiedad, que dejara vacía la titularidad privada del mismo, no es posible, desde el instante en que la ley tiene que respetar siempre su «contenido esencial», pudiendo regularse tan solo el ejercicio» (53, 1).

Con ello queda claro, a mi parecer, que el concepto de «función social» tal como lo concibe la Constitución (debe operar sólo sobre el ejercicio del derecho subjetivo, y con respecto a su contenido esencial) no es un concepto ni programático, ni válcula que permita una injerencia masiva de la mano pública. Tiene, o puede tener una cierta operatividad; pero tan limitada y restringida que sirve más que para marcar posibilidades, para marcar límites. O dicho de otro modo: implica que al **ser posible sólo una función social incidente sobre el ejercicio y con respeto del contenido esencial no es posible una socialización** que exceda de esos límites. Todo ello da un componente marcadamente conservador a la disciplina constitucional en este campo; lo que viene agravado si se tiene en cuenta que se predica de toda propiedad privada, con independencia de la transcendencia económica del bien o bienes sujetos al dominio de los particulares, ya que brilla por su ausencia una regulación específica de la propiedad de la tierra y la del suelo urbano (art. 46) se mueve tan sólo en el sentido de la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas generales por la acción de los entes públicos y de la utilización del suelo de acuerdo con un vago interés general, desprovisto de tutela directa. Quedan así difuminados o ignorados los dos grandes frentes en que progresa la regulación de la propiedad en nuestro tiempo.

Y, finalmente, nada añade la **regulación de la expropiación forzosa,** concebida con los moldes más clásicos, es decir, como una garantía contra la socialización y la confiscación (33, 3).

B) LIBERTAD DE EMPRESA O DE INICIATIVA ECONOMICA

En cuanto al tema de la **libertad de empresa,** más propiamente, libertad de iniciativa económica, se debate entre lo que son, hoy por hoy, sus dos líneas fundamentales: por un lado su reconocimiento como tal libertad ínsita dentro del área privada, y por otro la necesidad de una cada vez mayor intervención de los poderes públicos, aunque sea como expresión de medidas que tienden a conservar el modelo de relaciones de producción capitalistas, adecuándolo a las exigencias de un capitalismo maduro. Se mueve, pues, el planteamiento, entre libertad de iniciativa económica, de una parte, y planificación, por otra.

En lo relativo a la libertad de empresa, se puede reproducir lo ya expuesto respecto a la óptica garantista del reconocimiento de la propiedad privada. También aquí cabe tan solo modular el ejercicio y siempre con respeto a su contenido esencial (58, 1, en relación con 38). Pero hay un

reforzamiento muy significativo: se constitucionaliza el marco de la libre empresa, que ha de ser forzosamente, el de la economía de mercado. En un principio, ello puede parecer redundante, ya que la libre empresa es la premisa y consecuencia de la economía de mercado (eufemismo que significa, en su «valor entendido», relaciones de producción capitalistas); sin embargo, no es ociosa ni casual dicho constitucionalización. Tiende, en conjunción con el artículo 53, 1, a evitar intervenciones de dimensiones tales que, aun salvaguardando para los particulares empresarios su derecho a la libre iniciativa económica, les obliga su ejercicio dentro de un modelo económico que no sea el capitalista.

Claro que, con ello, no decimos gran cosa, ni la Constitución cierra demasiadas puertas (a pesar de la redacción extraordinariamente conservadora); se opone a una situación límite: aquélla en la que se sustrae a la apropiación privada, de modo total e irreversible, la entera categoría de los bienes de producción.

El párrafo ahora observado encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de la libertad de empresa en su ejercicio, y la **defensa de la productividad**, subordinando ambos a las **exigencias de la economía general**, y «en su caso» (en el tenor literal), de la planificación. Me parece que una interpretación racional del precepto debe llevar a decir que no siempre el máximo de productividad responde a las exigencias de la economía general, sobre todo si se tiene en cuenta que el más alto nivel de productividad se alcanza en situaciones monopolísticas, que la Constitución parece no ver con favor (128, 2). La propia referencia a la «economía de mercado» se puede entender en esta línea (otra cosa será lo que produzca el sistema en su funcionamiento real).

Es importante resaltar que se habla de la planificación «en su caso»; obsérvese que el precepto aparentemente distingue exigencias de la economía general, y, por otro lado, planificación, de manera un tanto artificiosa, ya que no son perspectivas antitéticas. Es más, las exigencias de la economía general en un sistema industrial moderno requieren, en muchas ocasiones ineludiblemente, la planificación. El propio concepto que de ésta tiene el texto es suficientemente expresivo: la planificación, que se refiere a la «actividad económica general», tiene como finalidades «atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución» (art. 131, 1). Concebida en estos términos resulta obvio que la planificación no es tarea contraponible a los intereses de la economía general, ni están en plano de subordinación o subsidiariedad con respecto a otras formas de organización económica (lo único que no puede quebrar es la libertad de empresa, tal como queda dicha hace un momento). Conclusión lógica, si se tiene en cuenta la diversidad de orientación desde la que se puede hacer la planificación.

La presencia de la mano pública en la economía viene regulada en el título VII, especialmente en los artículos 128 a 131. Ya me he pronunciado sobre algunas cuestiones: el significado de la dislocación sistemática de este conjunto de normas, el carácter programático de la cláusula del ar-

tículo 128, 1. Fijaré ahora la atención en el párrafo 2 de dicho precepto. Es la norma fundamental de traspaso al sector público de actividades económicas. Lo primero a dilucidar es el carácter taxativo o meramente enunciativo de las actividades allí relacionadas, en orden a su hipotética transferencia a dicho sector público. Creo que las palabras «recursos o servicios esenciales» son los suficientemente genéricas como para no consentir su relleno con una vista tasada; pero que no es categoría que se pueda extender demasiado por la necesaria calificación de esenciales (aunque sea término elástico). En cualquier caso una interpretación absolutamente laxa de la «esencialidad» chocaría con la constitucionalización del modelo de la economía de mercado, y el respeto al «contenido esencial» de propiedad y empresa, figuras todas ellas tuteladas más vigorosamente que la reserva al sector público de actividades económicas. No se debe olvidar que, en cualquier caso, son los «intereses generales» los determinantes (128, 2) y que no hay tales en absoluto contraste con el modelo al que deben servir, aunque esté concebido, como lo está, en términos muy flexibles. Señalaré que la norma cobra un especial vigor cuando los recursos o servicios esenciales estén explotados en **forma de monopolio**; a resaltar también la constitucionalización de la **intervención de empresas**, en función de los susodichos intereses generales.

V. LA ELABORACION TRANSACCIONAL DE LA CONSTITUCION Y SUS EFECTOS POLITICOS

El carácter transaccional de la elaboración del texto tiene, como no podía ser menos, una traducción en términos jurídicos, pero es tópico decir que las leyes se desvinculan de sus autores y de sus intenciones y concreta voluntad, para objetivizar su mandato. La consecuencia es que esa objetivización (valga la paradoja) depende de la postura del intérprete, puesto frente a lo que él considera la racionalidad político-jurídica de la norma, sin ninguna instancia de compromiso o de consenso con un intérprete de sigo contrario: una tarea distinta de hacer las leyes es aplicarlas. Con todo esto, pretendo decir que la Constitución contiene modelos relativamente alternativos de encauzamiento (en lo que ahora nos interesa) de la actividad económica. Relativamente alternativos: si lo fueran absolutamente no sería una Constitución, si no lo fueran en absoluto, vaciaría de contenido el pluralismo político, y llegarían hasta a privar de sentido la alternancia en el poder. Pero el socialismo no es una alternativa relativa: es una alternativa **absoluta** al capitalismo. ¿Significa ello la inutilidad del texto constitucional para nosotros, socialistas? Aparte de la delicada coyuntura política de nuestro país, que recomienda, antes que nada, un firme restablecimeno de la democracia, está el hecho de que la tarea inmediata es la de mejorar las candiciones de vida de los trabajadores, y todo paso adelante nos acerca a la meta final. Pese a todo, la Constitución permite una política progresista. Pero debemos tener en cuenta sus limitaciones y apercibirnos de que sus posibilidades dependen

de la permanente confrontación democrática, por parte de los socialistas, con la interpretación y desarrollo que dé a la Constitución la clase explotadora dominante. Sólo llenando imaginativamente de contenido esta tarea se podrá actuar un proyecto progresista en economía, que claramente dé una respuesta liberadora a lo que a largo plazo puede ser el auténtico proyecto de la burguesía coautora del texto constitucional: un cambio, parafraseando la cínica frase de Lampedusa, donde mude alguna cosa, para no cambiar nada.

XV

LA REGULACION CONSTITUCIONAL DE LA NEGOCIACION COLECTIVA

FERNANDO VALDES DAL-RE
Agregado Numerario de Derecho del Trabajo
Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCION

La negociación colectiva constituye el principal instrumento de fijación de condiciones de trabajo que han de regir las relaciones entre empresarios y trabajadores a su servicio. Esta visión tradicional de la negociación colectiva como institución económica destinada a reglamentar y ordenar el mercado de trabajo no agota, sin embargo, su sentido y alcance. Mejor todavía, no capta la dimensión polivalente de la negociación colectiva que en el actual período histórico y en los países de capitalismo avanzado adiciona a aquella función, que ocioso es recordar resulta insuprimible, nuevas y más penetrantes funciones en razón de los objetivos asignados al proceso negociador, de los contenidos incorporados a los acuerdos negociados y, en fin, de la multiplicación de los niveles que articulan la negociación colectiva.

Por de pronto, la negociación colectiva es concebida como institución política. La configuración política de la negociación colectiva viene invocada, al menos, con dos significados preponderantes. En primer lugar, se dice que la actividad contractual es una institución política porque regula relaciones de poder entre organizaciones en conflicto. Conforme a ello, el proceso de negociación queda descrito como «un uso diplomático del poder» (Flanders), en donde el término diplomático no posee connotaciones caracteriológicas respecto de dicho proceso (habilidad, dureza, flexibilidad, etc.) sino que indica un empleo calculado de la «estrategia del poder». Se trata, sin embargo, de un significado excesivamente reductivo de la noción de institución política, que termina convirtiendo la negociación colectiva en instrumento de racionalización, control y reglamentación del conflicto obrero, «la gran invención social, como diría Dubin, a través de la cual se ha institucionalizado el conflicto sindical». En segundo lugar,

la negociación colectiva es institución política porque tiende a resolverse en un poder sustancialmente político a favor de las organizaciones sindicales de los trabajadores. Esta configuración deriva del carácter tendencialmente unilateral de las vínculos surgidos de la negociación colectiva, que se imponen sólo a los empresarios, así como de la «autoritaridad» del poder en el ejercicio del cual se estipula el convenio (Fois). La negociación colectiva implica, así, un verdadero y propio poder «político», pudiendo ser utilizada y siéndolo efectivamente, para fines políticos. Bajo esta segunda óptica, la negociación colectiva es el reflejo y la traducción codificada de los éxitos logrados por las organizaciones sindicales en el momento de la lucha. La negociación colectiva surge, se desarrolla, se descompone y se renueva según el modo cómo las clases sociales en conflicto experimentan desplazamientos de alcance real, perciben las transformaciones de sus condiciones de existencia y toman conciencia de sus intereses vitales. Toda negociación colectiva, incluida la estrictamente salarial, tiene una carga política: colabora en la organización y acción de la fuerza obrera con vistas a la ampliación de su poder y su área de influencia.

La negociación colectiva es, al menos para las organizaciones sindicales que no han renunciado a la transformación de las relaciones de producción dominantes, uno de los pilares que instrumenta el ejercicio del control obrero, entendida la expresión como modo de intervención de los trabajadores en las decisiones de carácter económico-productivas atinentes a la empresa. Esta vía se presenta: a) como alternativa a toda una corriente de ideas que concibe la empresa como asociación de capital y de trabajo obrero, como núcleo social organizado que actúa en función de fines comunes de orden económico-productivo y que, consiguientemente, tiende a considerar la participación de los trabajadores en los órganos de decisión empresarial el medio más adecuado para «soldar» la colaboración entre los componentes de la empresa y garantizar el cumplimiento de los fines asignados y b) como antagónica al sistema de poder, piramidal y autoritario, del empresario o, si se prefiere, como permanente contestación de la racionalidad capitalista del máximo beneficio. Objetivo del control obrero y, por tanto, de la negociación colectiva a él adosada, es erosionar el poder del capital, reducir su área de decisión, obligándole a continuos repliegues y cesiones que tienen su contrapartida en la afirmación de un contrapoder obrero. Así entendida, la negociación colectiva adquiere vital importancia en lo que a la organización del trabajo se refiere: su finalidad no es negociar las consecuencias derivadas de la organización del trabajo o de los cambios habidos en los procesos productivos, concibiendo la contraprestación económica como simple indemnización de los daños sicofísicos derivados de aquélla o de éstos, sino influir de modo directo en el ritmo de desarrollo del progreso tecnológico, adecuándolo a la medida de la libertad y dignidad humanas (Giugni).

II. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMIA COLECTIVA

Desde la anterior base argumental, fácilmente se comprenderá la importancia que, en el actual proceso de reconstrucción de un modelo democrático de relaciones industriales, tiene la negociación colectiva. Ni tampoco extrañará que la Constitución aborde en su articulado esta institución, a la que el régimen anterior había anulado primero y sometido, después, a mortificaciones de toda índole. La afirmación de la negociación colectiva y la redefinición de sus funciones a la luz del nuevo régimen sindical es —y nos lo recordaba Giugni en estas sesiones— una constante de las Constituciones surgidas tras el derrumbamiento y liquidación de los regímenes fascistas.

Una referencia expresa y directa a la negociación colectiva se contiene en el artículo 37, 1, que dice así: «La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios».

Lo primero que llama la atención del precepto es que la Constitución anuncia un desarrollo legislativo; circunstancia, por cierto, que no es privativa de esta materia sino que se reproduce a lo largo y ancho del texto, que incurre, en alguna manera, en lo que Piero Calamandrei calificara, al referirse a la Constitución italiana, como de pecado original: «el espíritu de reenvío». Sin embargo, debe dejarse sentado desde un principio que el pasaje constitucional transcrito contiene las líneas maestras del sistema de negociación colectiva y, consiguientemente, las claves interpretativas de su ordenación jurídica. La simetría del artículo 37, 1, con relación a los enunciados temáticos que se integran en ese complejo de reglas interdependientes que es el sistema de negociación colectiva es casi perfecta. En efecto, la construcción de dicho precepto responde al siguiente esquema: un principio general por el que, de manera directa, se reconoce a los grupos sociales la facultad de reglamentar sus intereses divergentes y, a continuación, una gama de núcleos normativos que conforman el armazón y esqueleto del sistema de negociación colectiva. El propósito de las reflexiones que siguen es abordar, en términos rudimentarios y simplificados por razones de exposición, todas y cada una de estas cuestiones.

«La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva». He aquí, en su literalidad, el principio clave sobre el que se asienta el entero sistema de la negociación colectiva: la consagración explícita de la autonomía colectiva. Bien es verdad que hoy día no se concibe la posibilidad de un sistema democrático de relaciones industriales sin la existencia de un clima de libertad sindical en el que organizaciones sindicales y asociaciones patronales negocian colectiva y autónomamente las condiciones de trabajo que han de regir las relaciones laborales así como, más ampliamente, su propia esfera de poder. En este sentido, el poder autonómico colectivo va implícito en otros pasajes constitucionales y, muy en particular, en el ar-

tículo 7.º que reconoce los sindicatos como instrumentos de «promoción y defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios» así como el derecho al «ejercicio de su actividad»: la negociación colectiva es, conjuntamente con la huelga, la manifestación más genuina de la autotutela colectiva, esto es, la expresión y el resultado de la defensa de los intereses de clase. Pero no es menos cierto que no siempre ha prevalecido entre nosotros una visión semejante de la actividad sindical en general y de la autonomía colectiva en particular. Era necesario, y por tanto debe de ser valorado positivamente, reforzar el derecho a la negociación colectiva, lo que, precisamente lleva a cabo el artículo 37, 1, que estamos comentando.

La idea de la negociación colectiva como expresión del poder que tienen los antagonistas sociales de ordenar y gobernar sus intereses divergentes, de convertirse en centros de organización de la producción jurídica —idea sumamente firme en la mejor y más sana tradición de las sociedades pluralistas— adquiere en el texto constitucional, por de pronto, un valor político claro y definido en el sentido de actuar como mecanismo de reacción y revulsivo ideológico frente al sistema anterior. En este punto, se cumple aquel principio puesto de relieve por Calamandrei según el cual en el destino de toda Constitución hay una actitud polémica (de ruptura, podríamos decir nosotros) hacia el régimen precedente. Pero hay, además, un valor jurídico igualmente claro y decidido: fundamentar un nuevo sistema normativo en el ámbito del derecho del trabajo que elimina de entrada la idea desordenada y desordenadora de la negociación colectiva como sistema normativo subalterno o de segunda.

Esto dicho, creo que vale la pena profundizar en alguna de las cuestiones planteadas hace unos instantes. En concreto, el tema que mayor interés ofrece en una panorámica al estilo de la que aquí se pretende es el relativo a las relaciones entre regulación del Estado y la derivada de la negociación colectiva. Preguntarse por las relaciones entre norma estatal y norma colectiva implica, en última instancia ,desvelar cuál es la posición real de los poderes normativos que participan en la elaboración del derecho del trabajo.

Puede comenzar afirmándose que regulación estatal y regulación colectiva no se excluye en origen. La escolástica distinción entre países de intervención legal y de no intervención legal ha entrado en crisis o, al menos, se manifiesta con contornos menos claros y precisos. Y así, países de firme tradición abstencionista, como han sido Inglaterra y Suecia, cuentan en la actualidad con un cuerpo legislativo nada despreciable que regula con carácter general los derechos de los trabajadores en sus aspectos básicos. La justificación global de la intervención del Estado en el terreno de las relaciones de trabajo reposa en la convicción de que en las formaciones sociales capitalistas el camino del progreso social, la instauración de equilibrios siempre más justos entre las fuerzas del trabajo y las fuerzas del privilegio económico —por utilizar las expresiones acuñadas por Máximo Severo Giannini— son tareas que involucran, además de a los propios antagonistas sociales, a los poderes públicos comprometidos (y la

sinceridad del compromiso varía, naturalmente, de país en país) en remover los obstáculos que impiden la igualdad sustancial de todos los ciudadanos así como en proteger y acentuar la tutela de la clase social subalterna cuyo poder político, social, económico y cultural está mermado.

De esta proposición inicial que acabamos de considerar, se desprende que las relaciones entre norma estatal y norma colectiva no son de rígida alternativa. Ley y convenio colectivo aparecen como instrumentos mutuamente interrelacionados por la acción de una espesa red de factores de naturaleza varía entre los que, a títulos ejemplificativo, pueden enumerarse los siguientes: marco económico referente, presión ejercida por los trabajadores, poder político y fuerza contractual de las organizaciones sindicales, estructura del sistema de negociación colectiva y, en fin, eficacia de la propia norma colectiva. Esta mutua interacción entre norma estatal y norma colectiva se evidencia en las experiencias extranjeras más recientes. Así, sucede que cuando los poderes públicos renuncian o no pueden, habida cuenta de la correlación de fuerzas políticas existentes en un momento dado, arbitrar medidas generales de protección a los trabajadores (por ejemplo, control y reglamentación del mercado de trabajo) o dictar normas de expreso reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores dentro de las fábricas (libertad de expresión, libertades sindicales, etc.) se produce un desplazamiento de estas materias al área de la negociación colectiva, la cual, a su vez, puede abrir caminos a la posterior regulación estatal. Y viceversa, las negociaciones colectivas, sobre todo a niveles intersectoriales, tienden a configurarse como test de aplicación de la norma estatal, corrigiéndola y preparando el terreno para ulteriores reformas. Esta circunstancia ha contribuido a crear una nueva dialéctica entre la reglamentación estatal y la negociación colectiva, originando dos fenómenos singulares fruto, en última instancia, de un enfoque más realista de las relaciones entre Estado y fuerzas sociales. De un lado, el fenómeno de las denominadas leyes negociadas o contratadas, esto es, leyes que incorporan al derecho estatal el contenido de acuerdos negociados por organizaciones sindicales y asociaciones patronales representativas. De otro, las negociaciones con participación no sólo de los grupos sociales sino, además, del Gobierno, de los partidos políticos o de comisiones parlamentarias. Y es que la mejora de la condición obrera y del bienestar social, la búsqueda de una sociedad más justa y libre o la lucha contra las desigualdades no son ni «asuntos privados» que puedan resolverse entre los antagonistas sociales con la eliminación de los poderes públicos ni, tampoco, tareas públicas que quepa acometer a espaldas de los antagonistas sociales.

En el sistema de producción normativo del régimen franquista, la posición de la negociación colectiva frente a la regulación autoritaria del Estado de las relaciones de producción fue de notoria dependencia y mortificación. En un ambiente minuciosamente regulado por la norma estatal (Rodríguez Piñero) y en el que: a) había zonas enteras dejadas a la soberanía empresarial (sistemáticamente, las Reglamentaciones de Trabajo (RT) reconocían la organización del trabajo como facultad exclusiva del empre-

sario), y b) el poder directivo del empresario resultaba ser inmune a la autonomía colectiva, la norma colectiva perdía necesariamente creatividad y dignidad, no pasando de tener la consideración de fuente de segunda mano.

Este planteamiento, tan sucintamente descrito, es inconciliable con el sistema de producción normativo pergeñado en la Constitución, en el que la negociación colectiva se dibuja como instrumento esencial de ordenación de las relaciones de trabajo. El propósito del constituyente ha sido fomentar y promocionar una precisa fuente jurídico-positiva de derecho del trabajo: el convenio colectivo. Esto dicho, entra dentro de lo razonable pensar que, entre nosotros, la situación va a discurrir por cauces similares a como discurre en los países de nuestra área cultural más próxima. Puesto en funcionamiento el sistema de producción normativo dibujado en la Constitución, serán, a la postre, la fuerza política y contractual de las organizaciones sindicales y la presión ejercida por los poderes públicos en el proceso de transformación social —sinceridad en el cumplimiento de los compromisos constitucionalmente adquiridos por virtud de lo dispuesto en el artículo 9, 2— los factores que habrán de actuar como ejes sobre los que se articulará y racionalizará la mutua interacción entre norma estatal y norma colectiva al tiempo que como válvulas de distribución de las materias objeto de regulación estatal y de regulación colectiva.

Una cuestión adicional queda por resolver: la supervivencia o cancelación del sistema reglamentario. ¿Tienen las Reglamentaciones de Trabajo (RT) y Ordenanzas Laborales (OL) sitio específico en el sistema de producción normativo diseñado en la Constitución? Más concretamente, ¿es posible un sistema de elaboración de normas sustantivas mínimas por ramas de producción con el poder de los antagonistas sociales de reglamentar sus intereses divergentes, colectiva y autónomamente, por vía de la negociación colectiva?

Por lo pronto, no cabe la menor duda, ni tan siquiera la de orden dialéctico, sobre la incompatibilidad del sistema reglamentario tal y como activamente vino funcionando durante el régimen franquista, esto es, como sistema normativo autoritario y burocratizado con voluntad de anular la negociación colectiva o, al menos, abortar su libre desarrollo y creatividad. Como ya ha sido dicho, la norma colectiva aparece en el texto constitucional con una neta vocación de asumir un papel preeminente (que no exclusivo) en la ordenación de las condiciones de trabajo. Es preciso aclarar, sin embargo, para no razonar en el vacío, que la formulación originaria del sistema reglamentario forma ya parte de nuestra historia (arqueología) jurídica más inmediata: fue abolida por el Real Decreto-Ley de 4 de marzo de 1977, sobre relaciones de trabajo, cuyo artículo 28 limitó el dictado de Reglamentaciones «a aquellos sectores de producción y demarcaciones territoriales en los que no existen convenios colctivos».

La cuestión que se plantea, entonces, es dilucidar si hay espacio en la Constitución para mantener el actual sistema reglamentario, que tiene ya un evidente carácter residual y cuya finalidad es llenar huecos, cubrir lagunas, fijar, en suma, condiciones mínimas de trabajo allí donde la

autonomía colectiva no alcanza. Una respuesta tajantemente negativa no parece que tenga asiento, directa o explícitamente, en el orden constitucional. Bien es verdad que en el espíritu que ha animado la reconstrucción del sistema de producción normativo, no está el que la Administración dicte normas con pretensión de regular la totalidad de las condiciones de trabajo en una determinada rama o industria. Basta utilizar un instrumento hermenéutico de valor medio, como es la interpretación sistemática, para tomar conciencia de que el artículo 35, 2, del texto constitucional, al decir que la ley «regulará un Estatuto de los trabajadores», está implicando a los poderes públicos (al Parlamento, en este caso) en la reglamentación de las relaciones de trabajo; pero lo está haciendo con carácter general y no sectorial. Pero no es menos verdad que el proceso de reconstrucción del sistema normativo, al que antes aludíamos, no puede ni, desde luego, deber hacer tabla rasa de las situaciones de hecho heredadas del régimen anterior. En otras palabras, un sistema de negociación colectiva no se improvisa, exige tiempo, justo el necesario, para que los colectivos que negocian puedan hacerlo en condiciones mínimas de organización y de paridad. Mientras tal no suceda, esto es, mientras no se produzca una presencia efectiva de las organizaciones de clase en todo el territorio nacional y en los distintos sectores económicos, el dictado por la Administración de RT puede actualizar el compromiso constitucional puesto a cargo de los poderes públicos de eliminar las situaciones de desigualdad e injusticia existentes. Con todo, esta conclusión debe de ser complementada con las siguientes precisiones: 1) La fijación por vía reglamentaria de condiciones mínimas de trabajo de carácter sectorial requiere nueva fundamentación legal. En la medida en que la ley de 16 de octubre de 1942, sobre Reglamentaciones de Trabajo, es una norma básicamente de elaboración de reglamentaciones y en la medida, igualmente, en que han desaparecido las organizaciones de carácter vertical que intervenían en dicha elaboración, aquella ley debe entenderse derogada. 2) La facultad de dictar RT debe localizarse en el Gobierno, único órgano de la Administración del Estado que goza de potestad reglamentaria originaria según la Constitución (art. 97). 3) El dictado de Reglamentaciones debe responder sinceramente a las finalidades expuestas de llenar los huecos que la negociación colectiva no alcance a cubrir. Mantener la práctica administrativa actual, que no ha respetado los límites establecidos en el artículo 28 del Real Decreto-Ley, de marzo de 1977, entraría problamente en colisión con los contenidos constitucionales por atentatorio al libre desarrollo de la actividad sindical en su vertiente de ordenación y gobierno de los intereses que les son propios. 4) Por último, debe quedar bien claro que una cosa es la cancelación del sistema reglamentario y otra bien distinta la cancelación de las condiciones de trabajo establecidas en las RT. Estas han de respetarse bien a través de la fórmula legal prevista en el cuerpo legal últimamente citado, es decir, hasta su «sustitución por lo pactado en convenio» bien a través de otras fórmulas, como por ejemplo la incorporación de dichas condiciones a los contratos individuales.

III. ¿DERECHO DE NEGOCIAR?

El inciso con el que se abre la redacción del artículo 37, 1, de la Constitución es, lo hemos argumentado, el eje sobre el que gira y se asienta el sistema de negociación colectiva. «Derecho a la negociación colectiva» significa reconocer de modo directo y explícito a los antagonistas sociales el poder de dictar normas que han de regir las cuestiones relativas a las relaciones de producción. El tema surge a la hora de determinar si aquella expresión constitucional también significa reconocer que las organizaciones sindicales (y excluyo de hecho al empresariado por cuanto la experiencia ha demostrado contundentemente que la negociación colectiva no es para ellos valor dominante, pues si negocian es por razón de oportunidad o bajo la presión de la acción sindical) pueden exigir la apertura de negociaciones a la contraparte sobre la que inmediatamente recae la obligación de negociar. De tener respuesta afirmativa esta cuestión, el legislador constitucional habría consagrado la negociación colectiva como un derecho, situándose en línea con ciertas experiencias extranjeras recientes —y el ejemplo de la ley sueca de 10 de junio de 1976 es de obligada cita— que formulan en activo lo que en nuestra tradición jurídica, y no sólo en la nuestra, quedaba establecido en pasivo: deber de negociar.

El derecho de negociación colectiva no es un valor simplemente formal. Muy al contrario, hoy es un dato adquirido que el citado derecho, y su correlativa obligación, segrega un haz de manifestaciones varias. La primera, y más importante, es el derecho de obtener una información veraz y de calidad referida a la situación económica y financiera de la empresa o del sector productivo. Al lado de esta manifestación clave, el derecho de negociar incluye toda la actividad que se encuentra en la base del procedimiento de negociación: organización obrera, comunicaciones entre negociadores y base (el denominado por la práctica anglosajona derecho de **free speech**), utilización de medios de presión en apoyo a la negociación iniciada, etc. Con todo no cabe desconocer que el derecho de negociar se presenta en términos bastante más complejos de los aquí apenas enunciados y tiene un alto voltaje de problematicidad. No basta la mera declaración del derecho; es preciso su protección, es decir, la garantía de que, ante la negativa del empresario a abrir tratos negociables o a negociar con un sujeto sindical determinado, van a ponerse en funcionamiento mecanismos de actuación del derecho. El problema se sitúa entonces en el modo de articular y dar concreción positiva a esta garantía. En principio dos son las hipótesis imaginables: Medidas de carácter sancionador o intervención de órganos administrativos o judiciales que identifiquen cuales, de entre los sujetos sindicales, tienen derecho a exigir la apertura de los tratos negociales. El primer tipo de medidas no parece muy viable; el segundo puede reportar para las organizaciones sindicales un precio excesivamente elevado: controles internos, discriminaciones en función de criterios ideológicos, etc. La experiencia norteamericana, que confiere al **Nacional Labor Relations Board** actualizar el «**duty to bargain**

in good faith» establecido por la ley Taft Hartley, es ejemplo suficientemente ilustrativo a este respecto.

Efectuadas estas consideraciones, conviene retomar la cuestión inicialmente planteada sobre si nuestra Constitución reconoce o no un derecho de negociar. Una respuesta tajante y rotundamente negativa no puede deducirse del tenor literal o textual del artículo 37, 1. Sin embargo, creo que hay elementos, si no definitivos sí bastantes, para considerar que nuestra Constitución no ha introducido el derecho de negociación y su paralela obligación. En apoyo de la tesis cabe invocar, por de pronto, argumentos de tipo semántico. «Derecho a la negociación colectiva» no es el lado activo de la paralela «obligación de negociación colectiva». En segundo lugar, no debe ignorarse el presupuesto lógico-normativo que articula el derecho de negociar: la limitación de los sujetos negociadores; limitación que entraría en colisión con el amplio reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva. En tercer y último lugar, una interpretación sistemática e histórica de los artículos 7 y 37, 1, de la Constitución evidencia que objeto de la garantía legal no es el establecer comportamientos de efectiva disponibilidad en la apertura de las negociaciones, sino, más sencillamente, la autonomía colectiva entendida como facultad de los grupos sociales de establecer preceptos dotados de ficacia normativa vinculante.

Lo que correspone hacer a la legislación anunciada en el artículo 37, 1, es estimular, apoyar y promover la negociación colectiva en cuanto instrumento tendencialmente ordenado a la consecución de unas condiciones de mayor libertad e igualdad en el terreno de las relaciones de producción así como incentivar la participación efectiva de la clase trabajadora en la gestión del orden productivo y social.

IV. LOS AGENTES NEGOCIADORES

La determinación de los sujetos negociadores es otro de los temas afectados por el texto constitucional. Como preliminar útil, vale la pena proceder a una descripción del estado de la cuestión en el proceso de transición política a punto de culminar. Varias son las razones que avalan la oportunidad de este análisis. La primera, una razón de política sindical: preguntarse quienes son los agentes negociadores es conocer la distribución del poder contractual y, en un sistema de pluralismo sindical como el nuestro, las pugnas y enfrentamientos intersindicales que normalmente acompañan a dicha distribución. La segunda razón es de política general: identificar los agentes negociadores en el proceso de transición política es desvelar las características más salientes de ese proceso en lo que a la realidad del poder sindical se refiere. A las anteriores razones, debe agregarse una última no menos importante. La Constitución implica una ruptura con la legalidad formalmente vigente en materia de agentes negociadores (y de negociación colectiva, en general). Sin embargo, el proceso de transición política había ya quebrado —y lo había

hecho de manera gradual y paulatina, no repentina y violenta— la legalidad anterior sobre la que se había superpuesto un sistema informal de negociación colectiva. Conocer los sujetos negociadores durante la fase de transición política permite averiguar, en definitiva, el carácter armónico o contradictorio de la Constitución con respecto al sistema informal de negociación colectiva hoy vigente entre nosotros.

Una sumaria descripción de los sujetos sindicales negociadores durante el arco de tiempo acotado requiere diferenciar dos períodos. En el primero, que cabe extender simbólicamente hasta la extinción legal de los últimos residuos del sindicalismo vertical (diciembre de 1977), el problema de la individualización de la parte que negocia en representación de los trabajadores —que es la que aquí interesa considerar— se coloca a dos niveles. En el nivel empresarial, era la asamblea el instrumento de elaboración capilarizada de los convenios colectivos (Rodríguez Piñero). En niveles supraempresariales, fueron las estructuras verticalistas las que, preferentemente, seguían detentando la fuerza contractual. De esta panorámica tan esquemática, cabe extraer dos consecuencias de suma importancia para caracterizar, de un lado, el sistema de negociación colectiva y, de otro, el papel de los sindicatos en el ordenamiento contractual. 1) En esta primera fase, coexisten dos sistemas de negociación colectiva situados no sólo en posición de antagonismo de recíproca exclusión: la progresión de uno significaba irremediablemente la agonía del otro. El primer sistema estaba refugiado en la negociación sectorial, actuando según las reglas del régimen autoritario anterior. El segundo reposaba sobre nuevas formas de organización y lucha de la clase obrera, desplazándose desde el interior hacia el exterior de los centros productivos. El diagnóstico de nuestro sistema de negociación colectiva en este período es, por tanto, el alto grado de anomia. 2) Las centrales sindicales carecieron de un protagonismo contractual claro y definido. Su participación en los convenios colectivos de ámbito empresarial estaba condicionado por la práctica generalizada de los procedimientos asamblearios; práctica que comportaba incluso para los enlaces sindicales o vocales jurados de empresa líderes, en los centros productivos, de aquellas centrales, la exigencia de someter a refrendo del órgano soberano su representatividad. A su vez, la participación de los sindicatos en los convenios de ámbito supraempresarial estaba frenada como consecuencia de la lógica impuesta al ritmo de la transición: «la reforma pactada».

La definitiva liquidación del aparato sindical del régimen franquista (de la que el Real Decreto de 16 de diciembre de 1977, que reguló provisionalmente el régimen de representación de los trabajadores en la empresa, se limitó a extender el certificado de defunción) y la celebración de elecciones sindicales al amparo de una normativa apresurada y de compromiso abren el segundo período, caracterizado por una progresiva «sindicalización» del poder contractual. A pesar de la diversidad de los comportamientos y prácticas negociadoras, que difieren según zonas y sectores, cabe reconstruir el mapa de agentes negociadores atendiendo a los siguientes criterios:

a) En la negociación de empresa, parece afirmado el principio de la democracia representativa, de manera que son los delegados de personal y miembros del Comité de empresa —y allí, donde funcionan de hecho, las secciones sindicales— quienes negocian. La consulta a la asamblea del proyecto de convenio y la ratificación por la misma de los acuerdos adoptados articulan las relaciones entre representantes y base obrera, cumpliendo la función adicional de reforzar la representatividad y posición negociadora de los agentes contractuales. Con todo, subsisten organizaciones obreras constitutivas de coaliciones o agrupaciones intermitentes de trabajadores, cuyas representaciones «ad hoc» comparten el poder contractual con delegados y miembros del Comité.

b) El problema se complica en las negociaciones sectoriales que sistemáticamente van precedidas de duras pugnas y enfrentamientos entre centrales mayoritarias y minoritarias y de todas ellas con las organizaciones asamblearias. La retirada de alguno o algunos de estos sindicatos, la denuncia del convenio por sindicatos no signatarios o la contestación por la base de los contenidos negociados constituyen el telón de fondo de estos conflictos, de modo que, frecuentemente, la composición de la comisión negociadora ocupa mayor tiempo y genera tensiones más fuertes que la negociación del convenio propiamente dicho. Las combinaciones de la mesa negociadora resultan, así, múltiples: sólo centrales sindicales mayoritarias, centrales mayoritarias y minoritarias, con representación proporcional a su implantación en el sector o con representación igualitaria, centrales mayoritarias, minoritarias y organizaciones asamblearias, etcétera. Ultimamente, sin embargo, los sindicatos mayoritarios (CC. OO. y UGT, velada o explícitamente) están reafirmando la participación exclusivamente sindical en la tramitación de los convenios colectivos; criterio que coinciden, por cierto, con los deseos de la CEOE y de la Administración.

La Constitución incide de lleno en materia de sujetos negociadores al estipular el artículo 37, 1, que la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral «entre los representantes de los trabajadores y empresarios». En lo que concierne a la identificación de las partes negociadoras del lado empresarial, el texto constitucional no ofrece grandes complicaciones, a salvo la elipsis utilizada por el precepto de modo que más correcto hubiera sido hablar de «empresarios» y de «representantes de los empresarios». La posibilidad de que uno o varios empresarios participen en la actividad negocial de manera directa, en lugar de mediante fenómenos de sustitución, es universalmente indiscutida. Mayor complejidad ofrece la individualización de los sujetos negociadores del lado de los trabajadores. A este respecto el texto constitucional, a nuestro juicio, no configura un tipo de representación contractual **selectiva** en favor de los sindicatos más representativos. Ni siquiera configura un tipo de representación contractual **sindical** en sentido estricto, tal y como hacía una primera versión del texto constitucional. Nuestra Constitución resuelve la cuestión en los términos más sensatos posibles, a saber: Evitando los desequilibrios entre los protagonistas de las relaciones industriales que no son sólo sindicatos (asociaciones patronales y Estado, según una di-

fundida visión triangular) sino también la clase trabajadora a la que no es posible identificar, sin residuos y de manera compacta, con esa forma asociativa histórica de los trabajadores de carácter estable y permanente que es el sindicato. Quiere decirse con ello, que toda estructura organizativa, estable o espontánea, permanente o intermitente, interna o externa a la fábrica tiene reconocida capacidad de negociación colectiva.

En resumen, la fuente de poder de representación puede proceder de una relación asociativa si quienes negocian son sindicatos. Pero también puede proceder de un mandato representativo en el supuesto de que la negociación se lleve a cabo, total o parcialmente, por una delegación «ad hoc». En última instancia, es claro que el interés del empresario no consiste en pedir credenciales de representación **formal** entre el sujeto que negocia y los trabajadores incluidos en la unidad respectiva de negociación, sino en pedir credenciales de representatividad, las cuales no pueden otorgarse apriorísticamente pues son resultado de la dinámica de las relaciones industriales. Negociando con organizaciones sindicales carentes de representatividad, el empresario arriesga el éxito de la operación negociadora o, por decirlo en lenguaje ya habitual, que no cesen las hostilidades que acompañan a todo proceso negociador.

V. EL CONTENIDO DE LA NEGOCIACION

Las enseñanzas que sobre los contenidos de la negociación debe extraerse de la experiencia contractual española más inmediata se resumen en una sola palabra: **monetización.** Sin entrar en el análisis de todas y cada una de las causas que están en su base, hay que reconocer el protagonismo que, en la formación y desarrollo de este fenómeno, ha tenido la posición de fuerza contractual arbitrariamente conferida al empresario por la legislación de la dictadura. Manifestaciones de esta posición de fuerza han sido la represión de las acciones directas y la solución autoritaria a que se desembocaba en los supuestos de fracaso de negociación. Pero aún hay más. La monetización de la negociación colectiva no ha podido desplazar su centro de gravedad desde el área de la remuneración al de la prestación. En otras palabras, los contenidos económicos de los convenios colectivos (y entiéndase matizada la afirmación con las oportunas excepciones) no han cumplido una función restauradora del trabajo, no han sido elementos de compensación de una determinada organización técnico-productiva. Han traducido, las más de las veces toscamente, la lógica del sistema de producción capitalista asentado en la «relación» salario-rendimiento.

¿Cuál ha sido el desarrollo de los contenidos de la negociación durante el proceso de transición política? Cambios sí se han producido; pero éstos no han implicado una quiebra de la situación anterior, habiendo sido más penetrantes en los convenios de empresa que en los supraempresariales. Por de pronto, los convenios colectivos han abandonado la fijación de condiciones de trabajo como referente exclusivo, pasando a regular las

relaciones entre los antagonistas sociales. Hoy, no es desdeñable el cuerpo de cláusulas que reglamentan los derechos sindicales en sus más variadas manifestaciones (derechos de reunión, información, asamblea, etcétera) o que establecen órganos para la administración y gestión conjunta del convenio. Más tenues han sido las transformaciones en el área de lo que tradicionalmente se denomina contenido normativo de los convenios. Cierto es que empiezan a negociarse las condiciones técnico-organizativas de la prestación de trabajo, pero no es menos verdad que son excepcionales los acuerdos (no así, las reivindicaciones) sobre la organización del trabajo en sus aspectos productivos: proceso de fabricación, política de inversiones, etc.; aspectos todos ellos que siguen incluidos en la esfera de las prerrogativas empresariales. Los componentes económicos dominan la negociación. Con la particularidad de que, tras la firma de los Pactos de la Moncloa por los partidos políticos con representación parlamentaria, y la adhesión a los mismos prestada (no sin dificultad) por las centrales sindicales mayoritarias, la negociación colectiva ha quedado reducida, las más de las veces, a mera cuestión de distribución de la masa salarial bruta; distribución que ha puesto de relieve las contradicciones secundarias entre las distintas categorías de trabajadores.

En cuanto al contenido de la negociación, el texto constitucional cubre un campo de posibilidades y de acción negociadora importantes. Dentro del respeto al orden constitucional, las partes gozan de la más amplia libertad para reglamentar cuantas cuestiones afecten a las relaciones de producción de manera que una ley futura sólo podrá restringir el contenido de la negociación e imponer límites a la libertad de contratación con base en el propio orden constitucional. La alusión contenida en el artículo 37, 1, a la **laboralidad** de la negociación colectiva no actúa como límite interno al contenido de dicha negociación sino como límite externo del propio derecho a la negociación constitucionalmente consagrado, que no ampara las eventuales negociaciones políticas de los sindicatos y asociaciones patronales con el Gobierno. Ello, evidentemente, no quiere decir que tales negociaciones queden prohibidas sino, sencillamente, que se ejercerán —de hecho ya se están ejerciendo— como una más de las prácticas políticas no codificadas.

VI. LA EFICACIA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Unas breves reflexiones, por último, sobre las previsiones constitucionales en materia de efectos del convenio sobre las partes; materia ampliamente analizada por el profesor Giugni en esta misma sesión. «La ley —dice el art. 37, 1, del texto de la Constitución— garantizará la fuerza vinculante de los convenios». El significado de la locución «fuerza vinculante» parece apuntar, directa y derechamente, al reconocimiento de la eficacia de los convenios colectivos. Pero, además, a una eficacia normativa y no estrictamente contractual. La necesidad de que el convenio co-

lectivo valga como norma es un dato firmemente asentado en nuestra tradición jurídica.

Dos consecuencias derivan de ello. Por una parte, que cualquier cláusula de un contrato individual que se encuentra por debajo de los límites fijados en el convenio colectivo quedará inmediatamente sustituida por la cláusula correspondiente del convenio (inderogabilidad del convenio). El convenio se presenta, así, como norma de orden público cuando las cláusulas del contrato individual sean desfavorables para el trabajador y como una regla de carácter dispositivo, si el contrato de trabajo mejora las condiciones establecidas en el convenio (Despax). Por otra parte, que los Tribunales de Justicia aplicarán el convenio sin más que cerciorarse de su existencia, vigencia y ámbito. Determinar si el convenio colectivo gozará de eficacia «erga omnes» es cuestión no resuelta, y con buen criterio, por el texto constitucional; pero es cuestión, de nuevo con buen criterio, que el texto constitucional no cierra. En resumen, la garantía de la fuerza vinculante de los convenios colectivos tiende a evitar los desequilibrios y las censuras entre la capacidad de negociar y la capacidad de explotar la negociación o ejercer los derechos adquiridos para la clase trabajadora.

No obstante las anteriores consideraciones, no se nos oculta que la fórmula constitucional empleada no es unívoca, que admite segundas lecturas. En concreto, existe el riesgo de que la expresión fuerza vinculante sufra una manipulación interpretativa, refiriéndola al deber de paz relativo, esto es, estimar que la causa del convenio consiste en una relación de cambio: mejores condiciones de trabajo por renuncia a las acciones directas durante la vigencia del convenio tendentes a modificar los contenidos acordados. Si tal sucediera es cuestión que, a la postre, dependerá de las relaciones de poder existentes entre las fuerzas sociales y, también, del modo como se valore y racionalice el conflicto de clases.

VII. VALORACION FINAL

Conviene de entrada efectuar una observación: la negociación colectiva no funciona aisladamente sino que lo hace por referencia al sustrato político general. Para la definición y funcionamiento democráticos del sistema de negociación colectiva es requisito ineluctable un clima de libertades que, en el terreno de las relaciones industriales, comporta algo más que el reconocimiento formal (consagración constitucional) de los derechos y libertades sindicales. Comporta, de un lado, la protección de tales derechos frente a la amplia y tupida gama de prácticas, a menudo ocultas, que impiden, obstaculizan o mortifican su libre ejercicio y desarrollo, procedentes tanto del campo público como del privado. De otro lado, la plena consideración de los sujetos sindicales como instrumentos de emancipación de las clases subalternas, como auténticos contrapoderes definidos en relación a un poder económico y político: el del empresario.

Desde esta consideración inicial, se comprenderá que para enjuiciar y hacer una valoración de conjunto de la norma suprema en materia de

negociación colectiva no basta con analizar el concreto pasaje constitucional que de ella se ocupa. Es necesario tener en cuenta todo lo que se sitúa a la base del funcionamiento del sistema de negociación colectiva y ponderar cuidadosamente su incidencia. Una valoración y juicio del artículo 37, 1, de la Constitución han de ser, necesariamente, provisionales y estar sujetos a posterior revisión crítica. Firmes en este punto, sí cabe decir que la regulación constitucional de la negociación colectiva cubre un campo de posibilidades nada despreciable. Haciendo mías las palabras pronunciadas por Mancini en la primera sesión, creo que el artículo 37, 1, es sobrio y políticamente (en términos de política general, pero también de política sindical) correcto. Más aún, su factura jurídica es muy superior a la de preceptos paralelos que se encuentran en las Constituciones de los países de nuestra área cultural más próxima y que, como el nuestro, tuvieron la amarga experiencia de dictaduras: Italia (art. 39) y Portugal (art. 58, 4). Corresponde ahora, a las organizaciones sindicales de la clase obrera proceder, desde el terreno concreto de la fábrica, a la reconstrucción del sistema de negociación colectiva, dotándole de la creatividad y potencialidad necesaria para la consecución de objetivos de mayor justicia e igualdad. En breve, para mantener vivo el proyecto de transformación de la sociedad.

XVI

CONTENIDO DE LA NEGOCIACION COLECTIVA A LA LUZ DEL NUEVO SISTEMA (CONSTITUCIONAL) DE RELACIONES LABORALES

FEDERICO DURAN LOPEZ
Agregado Numerario de Derecho del Trabajo
Universidad de Granada

I. INTRODUCCION

Al hablar del «contenido» de la negociación colectiva, quiero hacer referencia a los distintos núcleos temáticos que pueden ser abordados en el ejercicio de la función negociadora o contractual derivada del reconocimiento de la autonomía colectiva. A las distintas materias, esto es, que pueden ser abordadas y reguladas por los sujetos titulares, en un determinado sistema de relaciones laborales, de la autonomía colectiva. Evidentemente, el análisis puede realizarse desde varios puntos de vista distintos: desde un punto de vista «teórico», en primer lugar, identificando o tratando de identificar —y si posible, sistematizar— todos los posibles contenidos a que la actividad negociadora de los titulares de la autonomía colectiva puede extenderse; desde el punto de vista, en segundo lugar, de la dinámica de los distintos sistemas de relaciones laborales, descubriendo la práctica de los sujetos negociadores —en un sistema concreto o estableciendo pautas comparativas— en cuanto al contenido de su negociación, y tratando, si acaso, de descubrir también las variables que determinan este contenido y que pueden incluso permitir prever la evolución del mismo; y, finalmente (aunque en puridad es una de las variables que acabamos de mencionar, aunque reviste una especificidad que justifica su tratamiento separado), desde el punto de vista del marco legal, constitucional u ordinario, que condicione el contenido de la negociación: bien abriendo espacios a la misma e incluso imponiendo determinados contenidos; bien por el contrario vedando determinados terrenos que no pueden ser abordados —o pueden ser abordados sólo con subordinación a ciertas opciones previas legales, o con ciertos límites, sin alterar determinadas posiciones subjetivas o determinadas relaciones de poder— por la nego

ciación colectiva. Voy a tratar, brevemente, de analizar el tema desde estos tres puntos de vista, puesto que forman una sola unidad temática y el conocimiento de la cuestión planteada quedaría gravemente mutilado ignorando cualquiera de ellos. Y voy a tratar de realizar dicho análisis con la atención preferentemente puesta en la realidad española, sobre todo en la realidad española que se abre con el nuevo orden constitucional, pero sin olvidar las enseñanzas que provienen de otras experiencias.

II. INTENTO DE SISTEMATIZACION DE LOS CONTENIDOS POSIBLES DE LA NEGOCIACION COLECTIVA

En el momento presente de la práctica sindical de los países occidentales y del debate teórico construido sobre la misma, aparece cada vez más evidente la al menos potencial riqueza de contenido de la negociación colectiva. El proceso de ampliación y diversificación del mismo es un dato fácilmente constatable y que ha provocado ya numerosas descripciones del proceso en sí y numerosas reflexiones sobre sus requisitos y sus consecuencias. Sin embargo, no existen todavía intentos consolidados de sistematización de los posibles contenidos de la negociación colectiva. Se habla de los nuevos contenidos, se describen los mismos, se pone el acento en la creciente importancia de las «cláusulas instrumentales» (1) y, a lo sumo, se identifican «grupos reivindicativos» donde se tratan de incluir, pero sin un criterio ordenador suficientemente claro, esos nuevos contenidos (2). Voy a tratar, entonces, de proponer un modelo de ordenación de los contenidos de la negociación colectiva, consciente sin embargo de la dificultad del tema y de las correcciones que a la luz del debate teórico y de las enseñanzas de la práctica del sistema de relaciones laborales, será preciso ir introduciendo en el mismo. El criterio ordenador que voy a utilizar es el de agrupar en cada escalón clasificatorio todos aquellos contenidos que afectan a un núcleo homogéneo de cuestiones que derivan de una misma realidad sustancial. Desde este punto de vista, podemos ordenar los posibles contenidos de la negociación colectiva en torno a cinco núcleos concretos:

a) En primer lugar, los relativos a la **relación de cambio entre trabajo y salario.** Esto es, los contenidos propios del terreno de la distribución. Se trata aquí básicamente de la contratación del precio del trabajo, de la fijación, en términos económicos, de su valor de cambio. Lo cual engloba no sólo la determinación directa de las tarifas salariales, sino también la determinación cuantitativa del trabajo debido, de la cantidad de trabajo requerida (de tiempo de trabajo requerido): por consiguiente, entran aquí tanto la duración de las vacaciones como la duración de la jornada de tra-

(1) Cfr., por todos, U. ROMAGNOLI y T. TREU, **I sindacati in Italia: storia di una strategia,** Bologna, 1977, pp. 262 y ss., y entre nosotros, J. RIVERO LAMAS, **La contratación colectiva en el derecho español,** en «Revista de Política Social», núm. 105, 1975, p. 23.

(2) Cfr. B. TRENTIN, **Da sfruttati a produttori. Lotte operaie e sviluppo capitalistico dal miracolo economico alla crisi,** Bari, 1977, pp. XVI y ss. de la Introducción.

bajo (normalmente semanal) requerido al trabajador (desde este punto de vista de la fijación cuantitativa de la prestación laboral del trabajador, no desde el punto de vista de la distribución diaria, semanal o mensual del tiempo de trabajo, que es algo que afecta más bien al terreno de la organización del trabajo) (3). Por otra parte, hay que incluir aquí también todo lo que en líneas generales pueda considerarse retribución del trabajo, aún de manera diferida, como es el caso de la «indemnización por antigüedad» conocida por la experiencia italiana (4) y como pueden ser los casos de «premios» o indemnizaciones a cargo de la empresa (sin una base directamente contributiva) en el momento de la jubilación del trabajador. Queda fuera de este núcleo, sin embargo, la contratación de la estructura salarial que no suponga una simple determinación cuantitativa del precio del trabajo, sino que afecte a la propia organización del trabajo.

b) En segundo lugar, tenemos el **terreno de la producción**, el área de las **relaciones de producción** donde se consume la fuerza de trabajo. Este es el segundo ámbito posible de la negociación colectiva, que se extiende así al propio proceso productivo, a la propia organización del proceso productivo, con todos los problemas derivados de la inserción del trabajador en el mismo. Pertenecen a este segundo núcleo todas las manifestaciones de contratación de la organización del trabajo: clasificación profesional, traslados (no sancionatorios), condiciones de seguridad e higiene y ambiente de trabajo, ritmos de trabajo, sistemas de trabajo (en cadena, por grupos autónomos...), etc. En estas manifestaciones hay que incluir también, en los términos expresados en el punto anterior, la distribución del tiempo de trabajo y la fijación de la estructura salarial. Por otra parte, también pertenecen a este núcleo las normas contractuales relativas a las relaciones de jerarquía y poder sobre las que se basa la organización de la producción: el poder directivo y sobre todo el poder disciplinario del empresario, tanto en sus aspectos sustanciales (identificación de faltas y sanciones) como formales o procedimentales (procedimiento sancionador, prescripción de faltas, garantías para el trabajador,

(3) Buena prueba de la pertenencia de la determinación cuantitativa del trabajo exigido al trabajador al terreno de la relación de cambio, es la preocupación que aflora en ocasiones en la legislación limitadora de las subidas salariales de evitar al mismo tiempo subidas salariales indirectas por disminución efectiva del tiempo de trabajo (disminuyendo la jornada o aumentando los días festivos o las vacaciones): un claro ejemplo al respecto el Decreto-Ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas (art. 5, 2).

(4) Sobre la misma, cfr. las consideraciones de ROMAGNOLI y TREU, op. cit., pp. 259-260. Indican estos autores que en la base de esta indemnización subsiste una insuprimible justificación político-económica que faute de mieux hace de ella el instrumento para restituir o bien para reembolsar el valor de la utilidad producida por la prestación de trabajo en su conjunto, conceptualmente separada de la utilidad cotidiana en relación a la cual resulta debida la retribución. Por otra parte, no hay que olvidar que el instituto de la indemnización por antigüedad «ha terminado bien pronto por empujar a las empresas hacia la burocratización de las estructuras organizativas; ha debilitado los incentivos de la movilidad de los trabajadores, premiando el patriotismo empresarial; ha hecho más aceptables las frecuentes políticas de bajos salarios; ha reforzado la coartada tras la que se esconde la voluntad patronal de negar que el desarrollo de la carrera profesional se desenvuelva dentro de un apropiado marco legal; ha profundizado con sutil perfidia las divisiones entre los trabajadores en razón de la edad».

etcétera). Y, finalmente, forman también parte de este segundo núcleo todas las cláusulas contractuales dirigidas a la configuración del «status» del trabajador en la relación de trabajo que se desenvuelve en el terreno de la producción; las que determinan, podríamos decir, la condición del trabajador, su «ciudadanía» en el mundo de la producción. Así, las normas de protección de los derechos individuales de libertad del trabajador, que garantizan la libertad de opinión, de manifestación del pensamiento, prohiben indagaciones sobre las ideas o la vida personal del trabajador, imponen la igualdad de trato o prohiben discriminaciones, tutelan la dignidad personal del trabajador (controles personales, medidas de vigilancia...), etcétera. Cabría también incluir aquí las medidas que se acuerden contractualmente en orden a la formación profesional del trabajador, a su readaptación o recualificación profesional, etc.

c) La relación de cambio y la relación de producción agotan la perspectiva individual de la relación de trabajo. Tras ellas, el tercer núcleo de materias sobre las que puede ejercerse la negociación, es el referente a las **relaciones colectivas entre empresarios y trabajadores**, el que se despliega en el terreno de las relaciones entre sujetos colectivos. Aquí hay que situar la negociación sobre los derechos sindicales, sobre la representación de los trabajadores y la acción sindical en la empresa (disponibilidad de locales, reuniones, créditos de horas, garantías de los representantes sindicales, etc.), sobre los comportamientos conflictivos de ambos sujetos colectivos (cláusulas de paz laboral o tregua, procedimientos de solución de conflictos colectivos, modalidades de la huelga, medidas de seguridad en caso de huelga, etc.) y sobre el propio proceso de negociación colectiva.

d) En cuarto lugar, la negociación colectiva puede ejercerse en el terreno de la actividad económica de la empresa, o mejor, en el **terreno de la actuación de la empresa como sujeto económico.** Agotados los campos de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, queda la realidad de la empresa como organización económica para la producción y el cambio de mercancías, como sujeto económico, pues, que desarrolla una actividad económica independiente por así decirlo, o que se mueve en otro plano, de la utilización del trabajo asalariado de la que derivan las relaciones individuales y colectivas de trabajo en que la empresa se ve inmersa. Esta actividad del sujeto económico, sin embargo, aun cuando regulada desde el punto de vista jurídico por disciplinas diversas del derecho laboral, no puede dejar de tener gran incidencia sobre las relaciones laborales, por lo que se convierte también en terreno abonado para la contratación colectiva. Una contratación que trata entonces de llegar al «corazón de la esfera empresarial» y participar por tanto en las opciones productivas de la misma, en su política de inversiones e, incluso, en el propio gobierno de la empresa, predisponiendo mecanismos de participación de los trabajadores en la gestión de la misma. Toda la contratación sobre reestructuraciones empresariales hay también que incluirla aquí, así como, desde un punto de vista instrumental, la regulación negocial del derecho de información de los trabajadores, esto es, del derecho

a conocer cuales son las opciones de política económica de la empresa y a confrontar con ellas, al menos en los terrenos que les afectan, sus propias valoraciones (5).

e) Nos queda finalmente el terreno de la **situación social de los trabajadores**, esto es, la situación social que para los trabajadores deriva de su condición de asalariados, de su colocación objetiva en el proceso productivo como vendedores de su fuerza de trabajo. La negociación se ejerce aquí sobre las materias que configuran más decididamente esa condición, tratando de mejorar la situación de los trabajadores en el conjunto de la vida social: la vivienda, los transportes, el derecho al estudio (las 150 horas de la experiencia contractual italiana, que es una de sus conquistas cualitativas más importantes), las estructuras sanitarias y asistenciales (guarderías...), etc. Las normas convencionales en materia de seguridad social forman parte también, en mi opinión, de este núcleo, ya que con ellas se trata de incidir en la situación social de los trabajadores, que exige o reclama la protección de determinados riesgos (sobre la base de un sistema contributivo); aquí se trata de incidir sobre las consecuencias sociales de ser trabajador dependiente de su propio trabajo y por tanto directamente afectable por la disminución o la pérdida (temporal o definitiva) de su capacidad de trabajar. Por lo demás, en esta línea temática, la contratación puede también extenderse a cuestiones que afectan a los trabajadores antes como ciudadanos que como tales trabajadores: así la protección del medio ambiente o la corrección de los desequilibrios regionales y, en general, la organización de los servicios sociales en el país. La legitimidad de la negociación colectiva en estas materias deriva, por una parte, de un dato objetivo —las disfunciones creadas por la gran fábrica y su organización del trabajo en las estructuras sociales circundantes; las contradicciones que la gran fábrica capitalista exporta a la sociedad—, y, por otra, de la consciencia de que un «cambio de la fábrica», de su organización del trabajo, de su relación con la escuela y con la ciudad, resultan, más allá de un cierto límite, inconcebibles sin un cambio profundo en las estructuras territoriales, en la organización de los servicios sociales y, en definitiva, en las formas de gobierno local y nacional (6).

Es evidente, tras esta rápida exposición, que existen contenidos difíciles de clasificar con claridad en uno de los núcleos descritos y, por otra parte, que existen relaciones entre éstos que son además unas rela-

---

(5) Es el principio según el cual «quien tiene el deber de soportar, tiene el derecho de saber», que consagran desde hace un par de años todos los convenios colectivos nacionales italianos (cfr. U. ROMAGNOLI, **La estructura de la empresa.** Ponencia presentada en el Congreso sobre «Trabajo y Constitución» celebrado en Sevilla en mayo de 1978) (**supra**, n. 6). Principio que se refuerza cuando se ha de participar o de corresponsabilizarse en una determinada decisión, o cuando se ha de negociar sobre ella en igualdad de condiciones (en cuanto a los datos disponibles): en este último sentido se mueve la ley sueca de 10-6-76 (que entró en vigor el 1-1-77) que establece en su artículo 18 que «toda parte que, durante las negociaciones, invoque un documento, deberá ponerlo a la disposición de la otra parte siempre que ésta lo solicite».

(6) Cfr. B. TRENTIN, **op. cit.**, p. XXIX.

ciones fluidas y complejas. La sistematización intentada, sin embargo, conserva también su utilidad a la hora de analizar y valorar la dinámica de la negociación colectiva desde el punto de vista de los contenidos abordados por la misma. Vamos a pasar por tanto a realizar dicho análisis (sobre la base de la esquematización intentada), adoptando pues el segundo de los puntos de vista reseñados al comienzo de estas reflexiones.

III. LA DINAMICA DE LA NEGOCIACION COLECTIVA: ACTITUDES SINDICALES Y CONTENIDO DE LA NEGOCIACION

El terreno de contratación más importante, y durante una larga etapa histórica casi único, ha sido el primero de los reseñados, esto es el terreno de la distribución, de la relación de cambio entre trabajo y salario. La contratación colectiva surje básicamente para la fijación de tarifas salariales y en tal papel preferente se mantiene durante largo tiempo. Se trataba, esto es, casi exclusivamente, de contratar de manera colectiva el precio del trabajo. Si algunos aspectos del terreno de la producción afloraban en la negociación colectiva, lo hacían por regla general para la mera especificación de regulaciones previas (el caso del poder disciplinario), o en una lógica subalterna de simple «monetización» de determinados riesgos o de determinadas condiciones de trabajo. Por lo demás, es ésta una situación acorde con un movimiento sindical débil o bien encerrado en una perspectiva estrecha de defensa o de administración corporativa de los intereses de los distintos sectores de la clase trabajadora (un sindicato tradeunionista en suma): no hay que olvidar que la lucha por el salario es una lucha defensiva, para intentar mantener una relación aceptable entre salario y beneficio, pero no puede ser una lucha ofensiva dirigida a cambiar el cuadro general del sistema y de las relaciones de fuerza imperantes en el mismo (7).

En las últimas décadas, sin embargo, van madurando progresivamente una serie de condiciones objetivas que determinan la tendencia creciente al cambio del terreno del conflicto de clases del área de la distribución al área de la producción. Tendencia que se ve acrecentada por el surgir de nuevas contradicciones que afectan prioritariamente a la estructura de la empresa capitalista moderna, al lado «opresivo» de la relación de trabajo, y no sólo, por tanto, a la relación entre salario y beneficio (8). La organización y división capitalistas del trabajo se van a encontrar así en el centro de las luchas de clases (9), abriéndose una fase en la que el nudo central del conflicto de clases en la gran fábrica tiende a ser la organización capitalista del trabajo y la estructura jerárquica que la motiva y sostiene. O sea, como indica Trentin, el nudo del «poder» sin la mediación de la ideología; el nudo de la libertad (10).

(7) Cfr. L. LIBERTINI, **Tecnici, impiegati, classe operaia**, Roma, 1974, p. 65.
(8) Cfr. B. TRENTIN, **op. cit.**, p. XXVI.
(9) Cfr. A. GORZ, Prefacio al volumen **Critique de la división du travail**, París, 1973, p. 10 (existe traducción española, Barcelona, 1977).
(10) Cfr. B. TRENTIN, **op. cit.**, p. XXVII.

En las experiencias en las que a esta maduración de las condiciones objetivas se acompaña una maduración subjetiva paralela de las organizaciones sindicales, la negociación colectiva va paulatinamente enriqueciendo sus contenidos extendiéndose al terreno de la producción, sobre todo con un importante salto de cualidad que se cifra en la tendencia a contratar no ya los efectos de las opciones organizativas sino estas opciones en sí mismas (11), y prestando también atención a la situación individual del trabajador en el mundo de la producción y a las relaciones de poder vigentes en el mismo, al terreno de las relaciones colectivas entre empresarios y trabajadores, e incluso al terreno de la actuación de la empresa como sujeto económico y al de la situación social de los trabajadores (12).

Podría pensarse que este salto de cualidad fue hecho posible por una situación de crecimiento económico y que los efectos de la crisis obligan al sindicato a replegarse a sus anteriores posiciones. Sin embargo, aunque la coyuntura económica no deje de influir, evidentemente, sobre el contenido de la negociación colectiva, el salto de cualidad descrito, una vez producido, se convierte, en alguna medida, en irreversible: el discurso sobre la «compatibilidad» y los necesarios sacrificios que de ella derivan para la acción reivindicativa del sindicato, encuentra a éste en otras posiciones: el sindicato, esto es, no está ya dispuesto a aportar una cobertura salarial a los problemas estructurales de la economía (13), sino que se ve forzado inevitablemente a proponer un proyecto autónomo y a sostenerlo con la lucha, proponiendo por tanto también los sacrificios que la colectividad debe soportar, definiendo así, en la cualidad y en la distribución de estos sacrificios, en las formas de control y de poder que los deben acompañar, el **signo de clase** que deben llevar las mismas medidas de austeridad, cuando estén políticamente dirigidas a un cambio profundo de las estructuras de la sociedad (14). El movimiento sindical puede entonces

---

(11) Sobre el tema, cfr. mi trabajo sobre **La clasificación profesional de los trabajadores: función y significado en la organización capitalista del trabajo**, en la «Revista Jurídica de Cataluña», 1978, núm. 1, pp. 139 y ss.

(12) Cfr., por todos, J. D. REYNAUD, **Les syndicats en France**, t. I, París, 1975, pp. 225 y 226, y para Italia U. ROMAGNOLI, **L'innovazione nelle politiche contrattuali del sindacato**, en «Sindacato e sistema democratico», Bologna, 1975, pp. 139 y ss.; TRENTIN, op. cit., y ROMAGNOLI y TREU, **I sindacati in Italia**, cit. pp. 237 y ss.

Un tema conexo con el que estamos analizando es el de los niveles de negociación adecuados para cada «terreno» de contratación. Puede pensarse, sobre todo, que la contratación empresarial es la más adecuada para la fijación de las tarifas salariales, en consideración a la situación económica de cada empresa. Sin embargo, no hay que olvidar que una política salarial igualitaria exige la centralización de la contratación, que es al mismo tiempo exigida desde el punto de vista económico en situaciones de crisis. Tendrían entonces más importancia en la contratación de empresa los temas de control de las condiciones de trabajo y de reestructuraciones empresariales: cfr. G. C. MAZZOCCHI, **Inflazione, crisi economica, contrattazione**, en «Sindicato e sistema democratico», cit. pp. 182-183.

(13) Cfr. G. C. MAZZOCCHI, op. cit., p. 175.

(14) Cfr. B. TRENTIN, op. cit., p. CXX, y L. MARIUCCI, **Autonomia sindacale, controllo operaio e nuova fase della legislazione lavoristica**, en «Lo statuto dei lavoratori: un bilancio politico», Bari, 1977, pp. 233 y ss.

aceptar sacrificios temporales en el terreno de la distribución (en la relación beneficios-salarios) y en ciertos temas del terreno de la producción (movilidad de la mano de obra, condiciones de trabajo), pero no puede renunciar a la conquista esencial contenida en el salto de cualidad descrito: el control colectivo, esto es, de la condición y de la ocupación obrera (15).

En España, en toda la historia más reciente, la negociación colectiva ha tenido contenidos básicamente salariales y de especificación de normativas heterónomas. Los aspectos de la relación de cambio trabajo-salario eran el objeto casi único de la negociación, y en las ocasiones en que alguna cuestión perteneciente al terreno de la producción era abordada imperaba la lógica subalterna de la monetización (16). Y en ello concurrían, aparte las generales, unas razones específicas de nuestro sistema de relaciones laborales: las limitaciones legales a la negociación colectiva —con unos poderes públicos omnipresentes y celosos de que no viniesen puestas en cuestión las prerrogativas empresariales (17)— y las propias insuficiencias del movimiento obrero, derivadas sobre todo de la ausencia de libertad sindical y de la consiguiente represión de las organizaciones obreras, han determinado la ajenidad de los temas relativos a la organización del trabajo para la negociación colectiva, así como la imposibilidad de contratar en determinados terrenos (relaciones colectivas o sindicales, libertades fundamentales del trabajador en la fábrica, que no eran reconocidas a los ciudadanos al nivel general de la sociedad, relaciones de poder en la empresa) o el carácter exótico que sólo plantear la negociación sobre otros podía tener en tales condiciones (actividad económica de la empresa, servicios sociales). En la etapa de transición a la democracia, son observables algunos cambios en el contenido de la negociación colectiva, que parece querer comenzar tímidamente a extenderse a nuevas materias (18), aun cuando sin abordar todavía abiertamente los núcleos centrales de los nuevos contenidos. Sin embargo, a medida que el movimiento sindical vaya afianzándose y se consolide el nuevo orden democrático, es previsible la apertura de nuevos frentes de negociación: máxime cuando entre nosotros la escasa atención a la situación cualitativa de los trabajadores en el proceso productivo y la falta de regulación colectiva de otras materias, permite aumentar los techos de protección en estos terrenos, sobre los cuales, al socaire de la crisis económica, puede ejercerse una importante actividad de negociación que compense con mejoras «cualitativas» de la condición obrera las limitaciones y las renuncias tem-

(15) Cfr. B. TRENTIN, op. cit., p. CXXVIII. En el terreno de la contratación de las inversiones de la empresa, hay que constatar, sin embargo, un elevado nivel de incumplimiento empresarial de los compromisos contractuales, lo que ha llevado a determinados sectores doctrinales a solicitar una nueva legislación de apoyo al sindicato: sobre el tema, cfr. L. MARIUCCI, op. cit., pp. 239 y ss.

(16) Cfr. F. VALDES DAL-RE, **La negociación colectiva en el anteproyecto constitucional**. Ponencia presentada en el congreso de Sevilla citado sobre «Trabajo y Constitución», pp. 10 y ss. (supra, n. 15).

(17) En este sentido se movía la ley de negociación colectiva de 24 de abril de 1958 y también la ley de 19 de diciembre de 1973 que la sustituyó (art. 4).

(18) Cfr. F. VALDES DAL-RE, op. cit.

porales en cuanto a la mejora de su condición «cuantitativa». Hemos, pues, de plantearnos cuál es el marco legal en el que dicha evolución habrá de producirse y qué indicaciones nos derivan de él en cuanto a los contenidos de la negociación. Abordamos así el tercero de los puntos de vista que habíamos propuesto.

IV. EL MARCO LEGAL DE LA NEGOCIACION COLECTIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SUS CONTENIDOS

El artículo 37, 1, de la Constitución, dispone que «la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios». El reconocimiento constitucional de la negociación colectiva en estos términos, es un dato de gran importancia, cuya influencia en el sistema de fuentes del derecho del trabajo no puede dejar de ser muy importante (19). Ahora bien, hemos de interrogarnos en estos momentos acerca de las indicaciones que de tal reconocimiento constitucional emerjan en cuanto a los contenidos posibles de la negociación colectiva. La amplitud de la fórmula constitucional implica ante todo una paralela amplitud de los contenidos posibles de la negociación colectiva: la ley ordinaria no podrá pues, so pena de inconstitucionalidad, vedar a la misma determinados contenidos si no es con el apoyo de otras normas de la Constitución. Es en el seno de la Constitución, pues, donde hemos de buscar las normas que puedan tener una incidencia limitadora sobre los contenidos de la negociación. Fuera de ella, la dinámica de las relaciones colectivas de trabajo podrá dar vida, si concurren las circunstancias precisas para ello, a un proceso negociador que se extienda a todos los terrenos posibles desde el punto de vista teórico para el mismo. Veamos, pues, cuales son las indicaciones que del resto de la Constitución emergen al respecto.

Ante todo, una indicación: el artículo 37, 1, citado hace referencia a la negociación colectiva «laboral». ¿Qué significa esto? En mi opinión, el adjetivo laboral quiere aquí calificar la negociación colectiva desde el punto de vista subjetivo de los protagonistas de la misma, sin prejuzgar para nada su contenido. La ley ha de garantizar la negociación colectiva laboral, que es la que se desarrolla entre los (representantes de los) trabajadores y los empresarios, y el contenido lícito de la misma es el que sus protagonistas decidan, dentro del respeto al conjunto de las normas constitucionales. Esta es en mi opinión la interpretación más plausible del artículo 37, 1; de otra forma, además, se plantearía el problema de decidir qué es laboral y qué no, o sea, hasta dónde llegan los límites de lo laboral. La laboralidad de la negociación colectiva, pues, es algo que afecta a la identificación de los sujetos de la misma, constituyéndose como un «límite externo» dirigido a excluir de la prevista garantía legal «las eventuales

(19) Un estudio sobre el tema en la Comunicación de M. RODRIGUEZ PIÑERO al II Coloquio de Relaciones Laborales celebrado en Jaca en septiembre-octubre 1978.

negociaciones políticas de los sindicatos (y de las asociaciones patronales) con el Gobierno» (20).

¿Cuáles son las restantes indicaciones que del nuevo orden constitucional —y por consiguiente del nuevo sistema de relaciones laborales que habrá de construirse en base al mismo— emergen en orden a los contenidos de la negociación colectiva?

a) En primer lugar, una indicación importante en relación con la denominada «política de rentas»: la garantía constitucional, en los términos referidos, de la negociación colectiva, impide que por vía legal, mediante la fijación de topes rígidos a las subidas salariales, se vanifique en la práctica el derecho de negociación. Los sindicatos pueden aceptar la necesidad de control de las subidas salariales, la imposición de determinados «sacrificios», pero en el ámbito de una negociación en la que deben existir contrapartidas y no la simple cobertura salarial de los problemas estructurales de la economía (21); esos resultados no son sin embargo, tras la Constitución y la nueva valoración de la negociación colectiva que de ella deriva, legítimamente alcanzables por la vía de la imposición legal, ni siquiera indirecta como la que supone permitir una cierta reducción de la plantilla si se superan determinados topes salariales.

b) En segundo lugar, en relación con el terreno de las relaciones colectivas entre empresarios y trabajadores, no cabe duda de que la negociación colectiva puede incidir en la regulación de dichas relaciones, sobre todo en lo relativo a la acción sindical en la empresa, aumentando las garantías legales previstas para la misma, las competencias de los órganos de representación, etc. Aquí se plantea, sin embargo, un problema importante que es el de las cláusulas de paz o tregua pactadas en convenio colectivo. En mi opinión, la regulación constitucional del derecho de huelga es aquí determinante, y tal derecho viene atribuido en el artículo 28 de la Constitución a los trabajadores, por lo que se configura claramente como de titularidad individual de los mismos. No se trata de un derecho de titularidad colectiva, ni mucho menos de titularidad sindical, sino que entra de lleno en la titularidad de los singulares trabajadores. De ello se deriva necesariamente una importante conclusión: no cabe, ni puede pues admitirse legalmente, una disponibilidad o una renuncia colectiva o sindical del derecho de huelga. Esto es, las «cláusulas de paz» que eventualmente puedan pactarse en convenios colectivos (renunciando al derecho de huelga durante la vigencia de los mismos), no podrán tener otro efecto que impedir si acaso al sindicato firmante del convenio y de la renuncia al ejercicio del derecho de huelga, el convocar a la misma a los trabajadores, pero no podrán ser alegadas directamente frente a éstos impidiéndoles el ejercicio de un derecho que constitucionalmente les

(20) En este sentido, F. VALDES DAL-RE, **Anotaciones a la regulación de la negociación colectiva en el proyecto constitucional**, en «Argumentos», núm. 14, 1978, p. 66. Añade Valdés que eso, «evidentemente, no quiere decir que dichas negociaciones queden excluidas, sino que se ejercerán (de hecho, ya se están ejerciendo) como una más de las prácticas políticas no codificadas».

(21) Cfr. MAZZOCCHI, **op. cit.**, pp. 174-175.

corresponde y que, por consiguiente, no puede ser renunciado por otros sujetos en su nombre. Una cláusula convencional que pretendiera por el contrario estos efectos, sería ilegítima, y la ley que tratara de consagrar su validez, anticonstitucional (22).

c) En tercer lugar, la negociación en torno al quinto de los núcleos que indentificamos en el segundo punto de esta exposición, esto es, en torno a la situación social de los trabajadores, no presenta mayores problemas desde el punto de vista del análisis que estamos realizando. Los acuerdos convencionales en este terreno no son, en efecto, incompatibles con las previsiones constitucionales relacionadas con el mismo (arts. 27, 40, 41, 43, 44, 45, 47, 50, 51).

d) En cuarto lugar, hay que hacer alguna referencia a la contratación en el terreno de la organización del trabajo y en el de la actividad económica de la empresa. En uno y otro, en efecto, puede identificarse un límite a los posibles contenidos de la negociación colectiva en el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, por una parte, y en la defensa de la productividad, por otra, contenidos en el artículo 38 de la Constitución. El reconocimiento de la libertad de empresa, y la garantía y protección de su ejercicio, no deben significar, sin embargo, un obstáculo para que el empresario pueda contratar con las organizaciones sindicales determinadas opciones de organización del trabajo o, sobre todo, determinadas opciones de política de la empresa. Y no cabe apreciar ya tampoco, como se hacía en la legislación anterior, la vigencia de determinados «derechos irrenunciables» del empresario en cuanto al ejercicio de sus poderes en la empresa. Máxime ante el mandato contenido en el artículo 129, 2, de la Constitución, de promover las diversas formas de participación en la empresa. La defensa de la productividad, por otra parte, puede tener un mayor significado, pero en mi opinión, éste consiste en impedir, o en vetar la legitimidad mejor, de aquellos contenidos contractuales que puedan determinar una situación de ineficiencia económica o de falta de competitividad de la empresa, o bien una disminución de la productividad de la misma sin ninguna contrapartida útil en otro terreno, pero no llega a subordinar en todo caso la mejora de la condición de los trabajadores al aumento o a la no disminución de la productividad de la empresa. Esta, en definitiva, no constituye un valor absoluto que no pueda ser sacrificado, con los límites expuestos, a un cierto aumento del bienestar de los trabajadores. Y, en este terreno, son las organizaciones sindicales quienes tienen preferentemente que interiorizar los límites: es necesario al respecto denunciar una peligrosa ilusión, que consiste en «ver en la eficiencia de la empresa una trampa tendida por el capitalismo para frenar el crecimiento obrero», adquiriendo la certeza de que no puede haber «democracia de los productores» si se destruye riqueza, y aún más, que «la destrucción de la riqueza es la muerte de la misma democracia de los ciudadanos» (23).

---

(22) No puede, pues, tener validez tras la Constitución una regulación del tema como la contenida en el Decreto-Ley de relaciones de trabajo de 4-3-77 (art. 8, 1° y 11, d).

(23) Cfr. ROMAGNOLI, **La estructura de la empresa**, cit. p. 3.

e) Una última mención, finalmente, habría que hacer a las relaciones entre programación y negociación. Una planificación democrática, que persiga los objetivos fijados en el artículo 131 de la Constitución, y en cuya elaboración intervengan las diversas fuerzas políticas y sociales, puede envidentemente condicionar los contenidos de la negociación colectiva, y ello sería coherente con el diseño de conjunto de la Constitución. A la negociación colectiva, aun cuando se desarrollase ampliamente una política de planificación económica (como la descrita: que no sea, esto es, una planificación «trucada»), quedaría sin embargo en todo caso una función importante: servir de instrumento al movimiento sindical para (tras participar en la programación económica) controlar la congruencia de la conducta empresarial respecto a los objetivos fijados en sede política (la de la programación) (24), todo ello en una perspectiva de reforzamiento de los mecanismos de gobierno democrático de la economía.

Este marco constitucional para el ejercicio de la autonomía colectiva no puede, evidentemente, ser ignorado al nivel de la legislación ordinaria. La situación óptima al respecto, en las condiciones actuales, es, en mi opinión, la de la menor presencia posible de legislación, que, en todo caso, debe orientarse por una vía de promoción de la negociación colectiva sin tratar de influir sobre los contenidos de la misma. Por eso pienso que hay que valorar negativamente el actual Proyecto de Ley sobre Convenios Colectivos de Trabajo, elaborado por el Ministerio de Trabajo. Su artículo 1,2, en efecto, resiente demasiado de la situación histórica anterior: en él resplandece un inadmisible concepto del convenio colectivo como mecanismo de mejora salarial en relación con el rendimiento o la productividad (con el aumento del rendimiento o la productividad) y de aseguramiento de períodos de paz laboral. Tal concepción no tiene cabida en el nuevo orden constitucional y supone una abierta contradicción con los principios y las normas del mismo. Por otra parte, el artículo 4,2, del Proyecto de Ley es, cuando menos, una norma inútil. El contenido del convenio colectivo no tiene por qué tratar de ser previsto **a priori** por el legislador, sino que debe dejarse a la libre evolución de la autonomía colectiva en el marco del nuevo sistema de relaciones laborales que deriva de la Constitución.

(24) Cfr. G. GIUGNI y L. CAFAGNA, **Democrazia industriale: tesi per un dibattito**, en «Lo statuto dei lavoratori», cit. p. 156, y ROMAGNOLI y TREU, **I sindacati in Italia**, cit. p. 228.